

UNIVERSITÉ DE PARIS. — FACULTÉ DE DROIT

LE SECRET

DES

AFFAIRES COMMERCIALES

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le jeudi 29 mars 1900, à 2 h. 1/2

PAR

MAURICE MAYER

AVOCAT A LA COUR D'APPEL

Président : M. THALLER.

Suffragants : { MM. BERTHÉLEMY, { professeurs
SOUCHON, }

PARIS

LIBRAIRIE NOUVELLE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE

ARTHUR ROUSSEAU, EDITEUR

14, RUE SOUFFLOT ET RUE TOULLIER, 13

1900

THÈSE
POUR LE DOCTORAT

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux théories émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

UNIVERSITÉ DE PARIS. — FACULTÉ DE DROIT

LE SECRET
DES
AFFAIRES COMMERCIALES

THÈSE POUR LE DOCTORAT

L'ACTE PUBLIC SUR LES MATIÈRES CI-APRÈS

Sera soutenu le jeudi 29 mars 1900, à 2 heures 1/2

PAR

MAURICE MAYER

AVOCAT A LA COUR D'APPEL

Président : M. THALLER.

*Suffragants : { MM. BERTHÉLEMY, } professeurs
 SOUCHON, }*



PARIS

LIBRAIRIE NOUVELLE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE

ARTHUR ROUSSEAU, ÉDITEUR

14, RUE SOUFFLOT ET RUE TOULLIER, 13

1900

A MON GRAND-PÈRE

A M^e LEBRASSEUR

AVOCAT A LA COUR D'APPEL DE PARIS



Digitized by the Internet Archive
in 2026

L E

SECRET D'AFFAIRES

EN MATIÈRE COMMERCIALE

PRÉLIMINAIRES

Plus encore par l'aspect extérieur que par le contenu, la vie juridique d'un Romain primitif et celle d'un homme moderne s'opposent singulièrement ; l'une s'étale au grand jour et se montre presque tout entière ; l'autre se dissimule au point de devenir mystérieuse. A l'époque formaliste le lien de droit naît publiquement par l'accomplissement de certains rites devant témoins : *nexum*, *manumissio*, *testament*, c'est devant la cité entière que les volontés s'enchaînent ou se délient. Le préteur tient son audience sur le Forum, sous le ciel ; il juge devant les parties toujours présentes ; on apporte l'objet contesté lui-même ou une de ses parcelles ; les témoins déposent en public. Les accusations criminelles sont instruites, jugées devant tous ; le condamné est exposé publiquement.

Le patrimoine lui-même dans son ensemble est connu de tous ; les censeurs classent les citoyens suivant leur fortune ; ils pèsent l'honorabilité de chacun ; la note

d'infamie frappe l'auteur des actes réprouvés par l'opinion, juge suprême.

Que les inconvénients de cette publicité presque absolue aient contribué à la décadence du formalisme cela n'est pas douteux ; en tous cas, nous le voyons pour le testament qui devient peu à peu secret. La publicité s'atténue pendant toute l'évolution du droit romain.

Il est à peine utile d'opposer à ce caractère l'indivisibilité de l'acte juridique moderne, si peu « plastique », comme dit Ihering ; l'obligation ne se forme plus par l'accomplissement de rites publics devant des témoins qui en affirmeront plus tard la fidèle exécution ; il ne s'agit plus de paroles solennelles prononcées par les parties et recueillies par les spectateurs ; les contrats se prouvent par l'échange de signatures sur des actes privés ; les écrits remplacent les témoins ; la preuve testimoniale jadis souveraine est aujourd'hui exceptionnelle et suspecte. La complexité des rapports juridiques se fixe sur des papiers gardés soigneusement à l'abri des curieux.

Les actes « publics » eux-mêmes ne le sont guère que de nom ; et quand il s'agit de faits qui intéressent au premier chef les tiers et dont le secret entraînerait des fraudes dangereuses (actes de l'état civil, actes de société, etc.) la loi a dû intervenir et ordonner qu'il y aurait publicité et suivant quelles formes.

Comme les contrats, la fortune de chacun, composée surtout d'objets mobiliers (valeurs, titres, etc.), reste mal connue ; un trait frappant est la substitution presque complète du crédit réel au crédit personnel.

Nous constatons, sans en chercher les causes ce fait

général : les contrats privés restent dans le droit moderne aussi secrets que possible.

Il est une catégorie de personnes pour qui ce désir du secret devient particulièrement vif et se légitime outre les causes générales par une raison d'intérêt spéciale et très importante : ce sont les commerçants.

A notre époque plus qu'en aucun temps l'activité de la concurrence, la rapidité et la sécurité des transports qui ouvrent les marchés au commerce international, l'extension des grands magasins et de la grande industrie, les variations de la mode, les transformations subites des procédés de fabrication rendent singulièrement difficile l'exercice du commerce. A côté de quelques succès retentissants, que de ruines et d'échecs irréparables ! nous n'attribuons pas au hasard ces résultats opposés ; en général ils sont le fruit de l'habileté, de l'expérience, du travail des uns et de la légèreté ou de l'imprévoyance des autres : nombreux sont les problèmes que le commerçant moderne doit résoudre au jour le jour ; de la solution dépend la victoire ou la ruine. S'adresser aux producteurs les plus avantageux ; acquérir les produits de qualité, de prix, en harmonie avec les besoins de la clientèle probable ; tantôt amasser des stocks considérables en prévision de débouchés nouveaux ; tantôt se débarrasser des objets démodés ou dont une circonstance prochaine réduira la valeur ; créer et s'attacher une clientèle dont il faut connaître les ressources et les goûts ; prévoir les évolutions du lendemain, faire des sacrifices momentanés pour arrêter une concurrence désastreuse ; tantôt s'avancer hardiment dans une voie nouvelle et tantôt abandonner une opération dangereuse, recruter et conserver un personnel capable et fidèle, intéressé au succès.

Ce sont là quelques-unes des difficultés à vaincre ; quand le commerçant les a franchies à force d'ingénuité et de travail, n'est-il pas fondé à dire que cet ensemble de procédés, cet organisme qu'il a créé est à lui et à refuser de le révéler à des adversaires qui s'empresseraient de les combattre avec ses propres armes ? que ses rivaux luttent avec lui d'habileté et d'intelligence, rien de mieux ; le progrès profitera de ce combat ; mais on ne peut demander à celui qui cherche le succès au prix de son effort de livrer à ses concurrents la voie qu'il a ouverte. Ses combinaisons savantes, ses prévisions des mouvements du cours, ses réductions de frais généraux par des procédés personnels, ses traités ingénieux avec les producteurs n'avaient pour but que de lui donner la supériorité sur ses concurrents ; si tout cela leur devient commun le but est manqué.

Ce n'est pourtant pas là l'essentiel du secret d'affaires ; le commerçant se résignerait à la rigueur à laisser deviner l'organisation de son personnel, la composition de sa clientèle, les conditions de ses traités avec ses producteurs mais jalousement il cache ce qui a trait à son crédit.

Un négociant n'a point l'habitude de déposer des capitaux dans sa caisse pour les laisser improductifs ; il les lance dans la circulation ; il se trouve donc en équilibre entre des créanciers et des débiteurs ; les sommes d'argent disponibles du jour au lendemain sont faibles, relativement à l'importance de cette circulation ; l'essentiel est d'avoir, les jours d'échéance, de quoi faire face, par conséquent de s'assurer des rentrées certaines à des époques prévues ; si elles manquent, on aura recours à des renouvellements ou à des négociations d'effets. Mais que la situation de la maison la plus solide est encore fragile

aux moments de crise ! La chute d'une banque, la ruine d'un établissement important, c'est un choc qui se propage de proche en proche, arrêtant les paiements sur un marché ; les créanciers non payés ne peuvent à leur tour s'acquitter à l'échéance envers d'autres ; cette répercussion ébranle toute une place ; et il est rare qu'une faillite importante n'en entraîne point plusieurs autres : si quelques créanciers se montrent intraitables et n'accordent ni renouvellement ni facilités, tous les négociants engagés dans la crise, qui n'ont point de capitaux disponibles ou des garanties sûres à offrir à des prêteurs, risquent de sombrer ; or c'est ce qui arriverait sans le secret d'affaires.

En effet, si la situation de chaque maison, les noms de ses créanciers et de ses débiteurs étaient connus, il pourrait être facile, en certains cas, aux maisons rivales, de l'acculer à la ruine, soit en achetant toutes les créances contre elle et en en poursuivant sans merci, soit en « brûlant » le crédit de ses débiteurs, dès lors incapables de la payer.

En tout cas, un commerçant, dont les dettes arrivent un moment à dépasser l'actif, serait perdu, car il ne trouverait de crédit nulle part et quelle maison de commerce est à l'abri d'une crise momentanée dont un peu de prudence peut aujourd'hui la tirer ?

On voit donc l'intérêt vital du commerçant à ne pas laisser pénétrer le secret de ses affaires ; mais d'autres personnes ont un intérêt contraire : la puissance sociale pour la répartition de l'impôt proportionnellement aux fortunes et la recherche de la vérité en justice ; les personnes qui ont contracté avec le commerçant, quand leurs droits sont déterminés dans leur existence ou leur valeur par

sa situation commerciale ; les tiers enfin, concurrents ou créanciers possibles qui veulent prévoir l'avenir avant de contracter.

Comment cette lutte d'intérêt se traduit sur le terrain du droit ? voilà la matière de cette étude. Qui pourra forcer le commerçant à livrer son secret d'affaires et en quels cas ? Comment ? Quelles garanties la loi donne-t-elle sur ce terrain aux intéressés ? Voilà ce que nous nous proposons d'examiner.

Après cette vue générale sur notre sujet il nous faut préciser et dire : sur quoi roulera le conflit des intérêts contraires, en un mot quelle sera la matière, l'objet exact des luttes dont nous allons rechercher la solution en notre droit actuel ? et d'autre part quels seront les adversaires et quels titres ils pourront invoquer.

Le secret d'affaires se matérialise en quelque sorte dans le secret des livres : le commerçant est tenu (c'est sa première et sa principale obligation) d'avoir des livres ; la définition légale suffit à montrer qu'en ces registres vient se concrétiser la connaissance de toutes les affaires du commerçant : contrats passés avec des fournisseurs ou des clients ; versements faits ou reçus, engagements pris, correspondance entière, dépenses de sa famille, inventaires qui fixent la situation de la maison : tout ce qui constitue la vie de la maison de commerce, vient fidèlement s'inscrire sur les livres ; situation financière, noms des créanciers ou débiteurs, des clients, des fournisseurs, projets en cours d'exécution, échanges ou rentrées prochaines : tout laisse là sa trace certaine et ineffaçable, de sorte qu'en réalité la lutte pour connaître ou garder le secret d'affaires se livrera autour de ces livres, que nous pourrons dans l'étude que nous commençons

employer ces deux termes comme synonymes, que se demander qui peut prétendre à connaître les affaires d'un commerçant et quand et comment, c'est se demander surtout et d'abord qui a droit de consulter ses livres et suivant quelle forme la loi permet cette consultation ?

Sur ces livres le commerçant a sans doute un droit absolu de propriété ; et son droit de les garder matériellement en sa possession, comme d'en refuser la connaissance à quiconque ne saurait être contesté ; ce droit se justifie par l'immense intérêt que nous avons essayé de montrer, intérêt si considérable dans la pratique que Savary en son *Parfait négociant* nous rapporte qu'il n'était point rare, avant l'ordonnance de 1673, de voir des commerçants perdre volontairement leur procès plutôt que de communiquer leurs registres ; mais la loi a apporté des dérogations à ce droit absolu dans l'intérêt du commerce, des tiers et de l'État ; et notre étude consistera précisément à rechercher quelles personnes tiennent de la loi ou de contrats qui font loi pour les parties le droit de forcer la résistance du commerçant et quels procédés seront alors employés pour leur donner satisfaction sans léser inutilement les intérêts du commerce.

La première personne certes qui élèvera des prétentions, c'est l'État ; la puissance sociale peut avoir un triple intérêt à connaître les affaires du commerçant ; d'abord elle veut lui réclamer sa contribution aux charges publiques et ne semble-t-il pas juste de calculer cette contribution suivant la prospérité de l'établissement du commerce ? Puisqu'on frappe la richesse, il faut la peser afin de la frapper équitablement. Nous verrons quels sont actuellement les droits de l'État en cette matière, qu'il s'agisse d'individus, de sociétés, de transmission

particulière ou de l'ensemble des opérations commerciales, en d'autres termes nous aurons à voir quels rapports les patentes, l'impôt sur le revenu, l'enregistrement, le timbre et les autres impôts ont avec le secret des affaires. D'autre part l'État peut avoir la prétention, dans un intérêt général, de surveiller certaines entreprises commerciales et pour cela de suivre le cours de leurs affaires : par exemple en matière de sociétés d'assurances. Enfin l'État, quand il poursuit et réprime les atteintes à la loi, les délits ou les crimes, peut rechercher dans les livres de commerce la preuve des faits ou de leur caractère délictueux ; quels sont les droits de l'instruction judiciaire sur les livres d'un commerçant ? alors surtout que le commerçant n'est pas personnellement poursuivi ?

Et si, au lieu de l'action publique jugée par les tribunaux de répression, il s'agit d'un procès civil ou commercial, intenté par un particulier ? Le tribunal pour s'éclairer a sans doute le droit de prendre certaines mesures d'instruction ; peut-il chercher dans les livres d'un commerçant, malgré le refus de ce dernier, les éléments de conviction ? Peut-il obliger un plaideur à produire ses livres sur lesquels son adversaire prétend trouver des preuves ou de simples présomptions ? Nous verrons que la loi résout affirmativement cette question ; et cela est naturel, cela est conforme au but des livres de commerce ; mais, sous peine de supprimer entièrement le secret des affaires, il fallait bien limiter le droit d'inquisition ; le Code de commerce l'a voulu faire en ses articles 14 et 15 : il indique, malheureusement sans les définir, deux modes de recherches : la *communication* et la *représentation* ; l'une permise seulement en des cas exceptionnels ; l'autre abandonnée à la discrétion des juges.

Nous devons étudier cette question délicate : quelle différence sépare la communication de la représentation ? Qui peut exiger la communication en justice ? Le système de la représentation offre-t-il les garanties nécessaires ? Autant de points très importants sur lesquels nous devons spécialement insister.

Nous venons de supposer un procès engagé et, selon les termes de l'article 15, nous avons parlé d'une recherche de preuves faite « au cours de la contestation ». Mais ne faut-il pas élargir la question ? Ne saurait-on concevoir un droit direct et spécial à connaître le secret des livres ? que ce droit résulte de la loi ou d'un contrat, qu'il permette à son titulaire de venir soit compulser la totalité des livres, soit en examiner certaines parties, il existerait indépendamment de toute contestation ; sans doute il pourrait être versé dans un procès, puisque ce procès serait le seul moyen d'obliger le commerçant à exécuter son obligation ; mais il n'y aurait pas besoin d'invoquer l'article 14 ou l'article 15 du Code de commerce, il s'agirait soit d'exécuter un contrat valable, conférant expressément ou tacitement un droit plus ou moins énergique, soit d'appliquer une disposition légale spéciale ; pour prendre un exemple, le commanditaire trouve certainement un droit de connaître les livres ailleurs que dans l'article 14 ; si le commandité se refuse à les montrer, les juges n'auront pas à rechercher s'il convient ou non de recourir à la communication, mais si le demandeur est commanditaire, et si son contrat lui confère le droit qu'il réclame. Notre étude nous conduira à examiner au profit de qui la loi ou les contrats commerciaux reconnaissent expressément ou tacitement ce droit, et de quelle façon il devra, suivant les cas, s'exercer ; le ré-

gime auquel sont soumises les sociétés rentrera naturellement dans cette division.

Il y a donc là lutte d'intérêts ; que sera-ce si nous envisageons l'hypothèse aujourd'hui fréquente où le commerce est exercé non par un individu mais par une société ; nous n'indiquerons ici que le cas le plus grave : la société par actions, surtout anonyme ; dans ce dernier cas le commerçant n'est plus un personnage qui conduit lui-même l'affaire où ses fonds sont engagés, se rend compte des bénéfices ou des pertes et doit rester le maître absolu de son entreprise puisqu'il s'agit surtout de ses intérêts ; ici le capital est fourni par un grand nombre de personnes inconnues les unes aux autres et ne connaissant de l'entreprise que ce qui leur est communiqué par des administrateurs qu'il faut pourtant surveiller, et les actions qui forment ce capital changent continuellement de mains, suivant des cours variables, servant de placement à l'épargne publique qui voit en elles moins une part dans un commerce mal connu qu'une sorte de titre de créance donnant droit à des dividendes à peu près réguliers : ici le mécanisme et la situation de l'entreprise seront-ils chaque jour communiqués aux intéressés, c'est-à-dire tout le monde ? la connaissance en sera-t-elle réservée aux administrateurs et à quelques personnes ? Et alors quels dangers pour l'épargne publique, constamment exposée aux plus terribles surprises, livrée pieds et poings liés à la discrétion de quelques personnages qui pourront spéculer à coup sûr sur les espérances ou les inquiétudes irraisonnées qu'ils feront naître dans le public ? Comment concilier les intérêts de l'épargne avec eux-mêmes et éviter ces dangers sans sacrifier d'avance l'avenir de la société ?

Reste enfin une grave question : quand nous aurons recherché en quels cas l'État ou les personnes qui ont avec le commerçant un lien de droit peuvent exiger de lui la production de ses livres, nous devons nous demander dans quelle mesure les tiers pourront chercher à pénétrer le secret de ses affaires. Nous devons rappeler ici comment la loi a reconnu ce droit dans certains cas et en a assuré le respect en obligeant les sociétés en formation à certaines publications ; enfin les agences qui se chargent de faire connaître à leurs clients la situation des maisons de commerce exercent-elles une profession licite ? C'est à ces tiers surtout que le commerçant a quelquefois intérêt à dérober le secret de ses affaires ; en tout cas il ne leur a en aucune façon consenti le droit d'investigation ; puisent-ils dans le droit commun, dans l'exercice de leur liberté individuelle la justification de leur curiosité intéressée ? Il s'agit ici des rapports de l'individu avec le public, avec la collectivité : au contraire de notre première division, nous n'avons point en face de nous une personne morale, une autorité supérieure, mais l'ensemble des intérêts particuliers, luttant confusément pour les triomphes individuels.

Nous sommes donc conduit à cette division :

- I. Le secret devant l'État.
- II. Le secret devant les ayants droit.
- III. Le secret devant les tiers.

PREMIÈRE PARTIE

LE SECRET DEVANT L'ÉTAT.

CHAPITRE PREMIER

LE SECRET DEVANT L'IMPÔT.

Quelle que soit l'idée que nous nous fassions de l'impôt, qu'il soit une contribution aux charges de l'État, une prime d'assurance ou toute autre chose, on peut concevoir deux formes sous lesquelles l'État demandera au citoyen la somme qu'il doit payer : l'impôt sera personnel, s'il consiste en une somme globale, fixée suivant certaines bases d'appréciation, que chacun doit payer annuellement ; réel, s'il pèse non sur les personnes, mais sur les richesses elles-mêmes ; sans doute c'est toujours une personne qui payera, mais dans le premier cas elle payera comme occupant en définitive une certaine place dans l'échelle de la fortune ou de l'aisance ; on a évalué, pesé ses ressources, suivant des procédés variables, et on l'a tarifée à telle somme totale ; dans le second on a en détail noté certains de ses biens, même certains signes de richesses, certaines consommations, certaines circu-

lations et pour chacun de ces biens, pour chacun de ces signes, on l'a imposée d'une certaine somme qui s'ajoute aux précédentes ; cette distinction diffère de la division en impôts directs ou indirects : si tous les impôts indirects sont réels, tous les impôts directs ne sont pas personnels : par exemple l'impôt foncier. La législation française actuelle applique généralement l'impôt réel ; tout en édictant quelques taxes personnelles peu importantes, elle frappe la richesse elle-même en détail.

Cette observation a au fond son intérêt au point de vue de notre sujet : dans un pays d'impôt personnel il faudra pour fixer la cote de chacun, se livrer à des enquêtes générales et, par des procédés déterminés, violer le secret d'affaires, afin d'établir la situation financière du commerçant ; dans un pays d'impôt réel, l'inquisition portera sur des points de détail ; comme on frappe la richesse au moment où elle se manifeste, on saisira sa production, sa circulation, sa consommation ; dans ces divers cas le fisc interviendra sans doute, mais ce qu'il aura à constater ce sont des faits particuliers, précis, détachés les uns des autres, et l'on voit au point de vue des droits de l'individu les garanties qu'offre un pareil système ; sans doute en frappant d'après des présomptions légales, l'impôt peut être moins justement proportionnel aux facultés du contribuable ; mais n'est-ce rien pour celui-ci que d'être dispensé d'ouvrir ses livres devant tout préposé du fisc et d'étaler le secret de toutes ses affaires ? La loi actuelle n'affiche point un respect excessif pour les secrets privés ; selon nous, elle les viole même trop souvent mais seulement dans des cas déterminés, au lieu que certains projets de réforme que nous aurons à indiquer, en mettant à nu la vie des particuliers,

leurs ressources, leurs dépenses, leurs charges, leurs misères, ne tendraient rien moins qu'à la suppression absolue du secret, au moins vis-à-vis de cette personne de plus en plus absorbante qui est l'État, sinon de la curiosité publique.

Parmi les impôts actuels, une seule contribution directe, la patente, et quatre indirectes ou assimilées, de l'enregistrement, du timbre, des boissons, des douanes, nous semblent d'abord exiger pour leur perception des atteintes sérieuses au secret d'affaires.

SECTION I. — Impôts directs. — Patentes.

Les patentes sont la contribution payée par le commerçant en cette qualité ; elles doivent évidemment varier avec l'importance de l'établissement de commerce. Va-t-on dès lors fouiller dans les livres du commerçant, estimer les marchandises, calculer le chiffre des bénéfices, enfin mesurer la prospérité de la maison pour la frapper d'un impôt équitable ? Ce système n'a jamais été le système français. La loi française a toujours préféré baser l'impôt sur des présomptions fixes ; elle respecte absolument le secret du commerçant, ne lui demande pour fixer ses évaluations aucune production de livres, aucune communication d'inventaire. La loi du 15 juillet 1880, qui est fondamentale en la matière, édicte un droit fixe et un droit proportionnel à un point de vue du droit fixe qui est plutôt le droit gradué, elle divise les professions commerciales en huit classes ; le droit varie encore dans chacune suivant le chiffre de la population de la commune ; enfin le nombre des employés détermine des progressions dans ce calcul. Le droit proportionnel est calculé d'après la

valeur locative des lieux occupés par le commerçant. Nous négligeons les détails très compliqués de cette perception pour ne nous attacher qu'à ceci : ce sont les signes extérieurs : valeur locative, importance de la ville habitée, profession plus ou moins lucrative qui forment la base de l'impôt ; sans doute ce sont là des présomptions faillibles et arbitraires et cela est vrai au point que de 1844 à 1880 le système n'a pas subi moins de onze révisions successives ; de 1880 à 1890 trois remaniements ont été faits ; aujourd'hui même il est certain que, malgré sa complication l'impôt n'est pas perçu d'une façon absolument équitable ; mais nous croyons que, malgré ses défauts, ce système est fort supérieur à tous ceux qu'on a proposés pour le remplacer.

On a voulu substituer aux patentes un impôt sur le capital engagé dans le commerce ou l'industrie ; sans parler de l'objection du principe qu'on peut former contre tout impôt basé sur le capital, on rencontre ici une grave difficulté ; le capital engagé comprend un capital fixe et un capital circulant ; si l'on peut, sans trop de difficultés, connaître le premier, le second échappe à l'évaluation, à moins d'investigations et d'enquêtes continuelles et vexatoires ; il faudrait soumettre tout commerçant à un régime analogue à l'*exercice* pour savoir combien il a de marchandises en magasin, de fonds de roulement dans sa caisse ; ce système est inadmissible.

On a parlé alors de ne taxer que le capital fixe : ici on propose une véritable iniquité : car l'impôt doit varier avec les facultés du contribuable ; et ces facultés ne dépendent en rien de la valeur du capital fixe ; sans parler même des différences qui existent à ce point de vue entre les divers genres de commerce, différences dont on pour-

rait tenir compte, dans la même branche d'industrie le capital fixe peut varier en d'énormes proportions et cela en sens inverse de la prospérité de la maison ; un établissement où tout se ferait par des machines payerait dix fois plus que celui où l'on emploierait le travail humain ; singulier encouragement aux progrès de l'industrie !

On a proposé enfin de proportionner l'impôt au chiffre d'affaires ; nous retombons dans les procédés d'inquisition ; nous avons ici les inconvénients de l'impôt sur la réserve sans aucun des avantages : le chiffre d'affaires est loin de représenter une proportion fixe aux facultés : telle maison faisant 100.000 francs d'affaires par an avec un bénéfice net de deux ou trois mille francs peut ne pas retrouver l'intérêt de son capital et, par suite, est dans une très mauvaise situation ; telle autre qui, sur le même chiffre, gagne douze ou quinze mille francs, ne saurait, sans injustice, être frappée d'un impôt identique : ce système a tous les inconvénients des présomptions légales ; il leur ajoute le vice capital du projet plus radical dont nous réservons l'examen à la fin de ce chapitre, puisqu'il s'agit d'une réforme générale au régime actuel, l'impôt sur le revenu.

Le système français qui repose sur le respect des droits du particulier (en conservant à celui-ci le droit de produire ses livres, s'ils lui permettent de contester les bases de la perception) est celui de la Belgique, de la Hollande ; il était jusqu'à ces dernières années celui de l'Autriche-Hongrie. La Prusse, divers États allemands et l'Angleterre se sont rangés au système contraire en adoptant l'impôt sur le revenu (Cf. Prusse, loi 24 juin 1891 ; Belgique, loi 6 juillet).

Nous ne voyons pas qu'aucun autre des quatre impôts

directs produise dans sa perception un conflit véritable. La cote mobilière, l'impôt foncier, les portes et fenêtres ne sauraient donner lieu à aucune investigation dans les affaires ou les livres du commerçant.

SECTION II. — Impôts indirects.

Mais les taxes indirectes ou assimilées obligent, au contraire, les particuliers soit à faire des déclarations, soit à supporter des vérifications qui, sans aucun doute, portent au secret d'affaires de sérieuses atteintes : s'il n'y a pas grand inconvénient à contraindre un commerçant à déclarer combien il a de chevaux dans ses écuries, il y en a peut-être davantage à l'astreindre aux visites des préposés de la douane ; cependant on peut dire que ces inquisitions ne portent pas sur l'ensemble du secret d'affaires et le respectent dans ses parties les plus importantes, quand il s'agit de particuliers du moins.

§ 1. — Douanes.

La perception de l'impôt des douanes exige évidemment des fouilles dans les colis, des déclarations de marchandises en transit, en entrepôt, des visites dans les magasins, des exhibitions de factures pour établir par exemple le pays d'origine ; ces formalités causent certes au commerce des embarras ; elles donnent lieu à des indiscretions, mais en somme elles n'entament pas ce qui est l'essentiel, les livres mêmes du commerçant ; elles ne disent pas quelle est sa situation financière, de qui il est créancier, de qui débiteur ; elles portent enfin sur des points particuliers, sur des faits précis,

divers et espacés et elles se bornent à constater ces faits sans ouvrir un jour d'ensemble sur la vie commerciale, sans faire tomber toutes les murailles à l'abri desquelles se produit l'effort des individus.

§ 2. — Boissons.

L'impôt sur les boissons est plus lourd ; sans entrer dans le détail de la législation fiscale, nous nous bornons à indiquer que la loi distingue trois classes de boissons taxées, qu'on peut désigner sous certains types : le vin, l'alcool, la bière ; la première classe à elle seule supporte trois sortes de droits : les droits de circulation, d'entrée et de détail. La perception de semblables impôts qui dans certains cas frappent la matière au taux de 200 0/0 est évidemment très difficile ; pour l'assurer la loi a établi un système spécial, *l'exercice*, c'est-à-dire le droit pour les agents du fisc de pénétrer à volonté dans toute fabrique, tout débit d'alcools, de s'y livrer à des visites rigoureuses, de fouiller tous les locaux communiquant avec la fabrique ou le magasin, sans qu'on puisse devant eux fermer aucune porte, ni élever aucun obstacle ; les préposés constateront ainsi combien il existe d'alcool dans les lieux visités, dresseront procès-verbaux des contraventions découvertes, fixeront les droits à payer ; dans les distilleries des mesures plus rigoureuses encore sont prises, ainsi que dans les raffineries de sucre ; pour celles-ci par exemple le décret du 25 octobre 1890 édicte des règles extrêmement étroites et vraiment inquisitoriales ; mais toutes ces dispositions visent exclusivement un seul objet : il s'agit de déterminer la quantité et la qualité de la matière imposable qui est détenue ou fabriquée ; l'administration peut ainsi sans doute se rendre

compte, à tout moment et surtout lors des inventaires annuels, de la marche de l'établissement ; seulement ces constatations sont en quelque sorte extérieures : on pèse, on mesure, on calcule, on visite, on ne pénètre pas en réalité au cœur du secret d'affaires ; la partie matérielle non la partie intellectuelle de l'exploitation est révélée à la régie ; le commerçant n'est en aucun cas tenu de produire ses livres, ses copies-lettres ; il doit laisser faire, laisser entrer les préposés, livrer ses récipients à la jauge ; à part les déclarations nécessaires en fondant sa maison (nombre des chaudières, heures de travail, etc.) il n'est jamais invité à ouvrir ses registres et à installer les agents de l'administration dans ses bureaux de comptabilité, et cependant ce régime d'exception qui pèse sur des centaines de mille de débits ou distilleries est péniblement supporté ; il est l'objet de toutes parts de critiques sévères et nul doute que les réformes proposées ne parviennent bientôt, soit dans le sens de la liberté, soit dans le sens du monopole pour l'État, à modifier profondément le système.

D'autres contributions indirectes, des monopoles de l'État (tabac, etc.) exigent sans doute des visites ou des enquêtes, mais nous rencontrerions toujours les mêmes caractères qui modèrent sensiblement les inconvénients d'un régime nécessaire du moment que le sont les impôts dont il s'agit.

§ 3. — Timbre et enregistrement.

A. — Droit commun.

a) *Règles générales.* — Beaucoup plus graves encore sont les applications des impôts sur le timbre et l'enregistrement auxquels nous devons rattacher l'impôt sur

le revenu des valeurs mobilières ; il faut ici distinguer le régime de droit commun et le régime spécial aux sociétés, celui-ci beaucoup plus rigoureux et qui ouvre dans le secret des affaires une brèche considérable.

La loi sur le timbre (13 brumaire an VII) ordonne que « tous actes civils ou judiciaires », « toutes écritures qui peuvent être produites en justice ou y faire foi » soient rédigés sur un papier imposé et tarifé soit proportionnellement à la dimension soit à un chiffre fixe, suivant la nature de l'acte ; le seul résultat de cette mesure fiscale dont les livres de commerce sont d'ailleurs dispensés depuis la loi du 20 juillet 1837 est d'obliger les particuliers qui vont dresser un acte juridique à acheter à l'avance une feuille de papier timbré ou à faire timbrer une feuille ordinaire, mais il ne s'ensuit aucune atteinte au secret des affaires ; les contraventions seront constatées lorsque l'intéressé voudra faire usage de l'acte non timbré, c'est-à-dire quand il le produira.

Si l'on se bornait à lire les premiers articles de la loi du 28 brumaire an VII, sur l'enregistrement, on s'imaginerait au contraire que nous nous trouvons en face de la suppression absolue de ce secret vis-à-vis des agents de l'enregistrement : la loi assujettit à un droit tantôt fixe, tantôt proportionnel « tous les actes civils, judiciaires ou extra-judiciaires » ; et, comme le droit proportionnel qui frappe « toute collocation, liquidation, obligation, libération ... de sommes ou valeurs, toute transmission de propriété d'usufruit, de jouissance de biens meubles ou immeubles entre vifs ou par décès » est calculé selon la nature de l'acte et selon la valeur transmise, il en résulterait que chaque commerçant serait tenu, chaque fois qu'il a passé, ce qui lui arrive à tout instant,

un acte juridique, de le remettre à l'enregistrement pour que l'administration l'étudie et le taxe ! Ce serait là un régime intolérable ! L'article 23 de la loi édicte une règle plus en harmonie avec nos mœurs : il décide que les actes sous seing privé qui ne contiennent ni transmission de propriété ou jouissance de biens immeubles, ni bail ou engagement de biens de même nature ne sont point soumis à l'enregistrement dans un délai de rigueur ; il suffit, pour éviter toute amende de les présenter à l'administration avant d'en faire usage « soit dans un acte public, soit devant la justice, soit devant une autorité constituée ». Les actes relatifs à des immeubles, les actes authentiques ne sont point ceux qui intéressent le commerce ; au contraire les engagements de sommes ou valeurs, les effets de commerce, les ventes ou achats, les contrats produisant des obligations personnelles ; voilà des actes commerciaux ; eh bien ! pour tous ces actes le commerçant n'aura à se préoccuper de l'enregistrement que lorsque l'existence en sera manifestée publiquement, lorsqu'ils seront invoqués devant une autorité constituée ou versés dans un acte public : à ce moment le secret n'importe plus. Nous ne parlons pas du bail des locaux qui devra être enregistré dans un délai de trois mois ; cette communication est chose négligeable. Quant au contrat de mariage, étant un acte authentique, il sera forcément enregistré ; il peut y avoir là un ennui pour le commerçant qui, en dehors des conditions générales de son union qu'il a l'obligation spéciale de publier, révèle la consistance de sa fortune et la dot de sa femme, mais il n'y a là que le complément naturel de notre loi sur les successions et que nous aurons bientôt à indiquer.

b) *Acte de société.* — Un autre acte fréquent dans le commerce, que le jeu des principes généraux oblige à l'enregistrement : c'est l'acte de société ; cet acte, assujéti par la loi du 28 février 1872 à un droit gradué remplacé depuis la loi du 28 avril 1893 par un droit proportionnel très faible, de 0,20 0/0, sera forcément enregistré, quelquefois transcrit ; car la loi a astreint les associés à le publier, dans l'intérêt des tiers, suivant certains modes réglés aujourd'hui par la loi de 1867 pour toutes les sociétés (de personnes comme de capitaux) ; elle a notamment prescrit le dépôt aux greffes de la justice de paix et du tribunal de commerce ; comme il sera alors dressé un acte public l'enregistrement devient obligatoire ; la communication aux proposés avant la publicité de la loi de 1867 ne saurait naturellement susciter aucun scrupule. On verra plus loin d'ailleurs que le régime des sociétés ne connaît guère le secret devant le fisc.

c) *Cession de fonds.* — Mais la loi du 28 février 1872 a réalisé une innovation importante en astreignant à l'enregistrement dans les trois mois toute cession à titre onéreux de fonds de commerce ou de clientèles ; à défaut d'acte une déclaration estimative doit être faite ; le droit est de 2 0/0 sur l'achalandage, le matériel, le droit au bail, de 0,50 0/0 sur les marchandises neuves ; l'innovation la plus grave est dans les modes de constatation des fraudes ; l'article 8 renvoie sur ce point à l'article 13 de la loi du 23 août 1871 qui, s'occupant de la recherche des fraudes dans les déclarations de ventes d'immeubles, admet « *les preuves de droit commun* ». Ceci nécessite quelques explications.

En matière de meubles la loi fiscale n'a organisé aucune vérification des déclarations et dires estimatifs des

parties ; la doctrine a distingué deux sortes de perceptions : les droits d'acte et les droits de mutation ; ceux-ci sont proprement les droits de mutation par décès ; mais pour la première catégorie (droits d'acte), tant que les parties ne dénoncent pas elles-mêmes la simulation en produisant l'acte non enregistré ou en se réclamant l'exécution des clauses véritables qu'on a dissimulées dans une contre-lettre à l'enregistrement, l'administration ne peut intervenir.

Or ici la loi a adopté un système différent ; elle renvoie au droit commun ; le droit commun c'est l'article 1353 du Code civil : en matière de fraude, tous les moyens de preuve sont admissibles, preuve testimoniale, simples présomptions même ; cependant la preuve testimoniale ne peut être invoquée que pendant un délai de 10 ans et le serment décisoire ne peut être déféré. Ainsi, non seulement l'administration pourra prouver la mutation secrète par les prospectus, affiches, par l'inscription du nouveau commerçant au registre des patentes ; mais encore elle pourra intenter un procès dans les formes ordinaires et tirer ses moyens de preuve des livres dont elle pourra demander la représentation. Une expertise pourra même être ordonnée sur la valeur du fonds ; l'opinion générale est que cette expertise ne portera point sur la valeur des marchandises neuves, mais seulement sur les autres éléments du prix.

d) Successions. — La perception de l'impôt en cas de mutation par décès viole d'une façon plus grave le secret des affaires : à chaque transmission de patrimoine les héritiers doivent déclarer à l'administration le quantum de la fortune transmise ; ils doivent à l'appui fournir un inventaire ou un état estimatif (d'après une loi votée à la

Chambre et soumise au Sénat (1) qui permettrait de défalquer le passif, ils devraient même indiquer les dettes de la succession), de sorte que la fortune totale du défunt est étalée devant l'Enregistrement pour la fixation des droits ; tout successeur est obligé à cette déclaration, qu'il soit héritier ou simplement successeur irrégulier, ou légataire.

Nous rencontrons ici une grave question : ces déclarations seront faites en général, mais seront-elles toujours exactes ? Il est permis d'en douter : les droits de mutation sont si lourds que le plus grand nombre des déclarants chercheront à dissimuler quelques parties de la somme imposable ; les immeubles, les rentes sur l'État, les titres nominatifs seront facilement connus ; mais les titres au porteur, l'argent liquide, les créances seront difficiles à saisir. Quels moyens l'administration peut-elle employer pour découvrir les fraudes ?

Pour les immeubles l'article 19 de la loi de brumaire permet à l'administration de recourir à l'expertise, à défaut d'autres actes pouvant établir le véritable revenu par exemple de baux réguliers et sans fraude : la loi a sur ce point consacré la doctrine des Feudistes : « Si le fief est affermé de bonne foi et sans fraude le seigneur doit se contenter du prix de la ferme » (Guyot, *Des fiefs*). Au cas de fraude, l'expertise rétablira la véritable valeur des biens.

Mais en matière de meubles, nous l'avons dit, l'expertise n'est pas admise, sauf pour les fonds de commerce. Il faut bien cependant, après avoir donné à l'administration de l'Enregistrement le droit de percevoir des impôts si lourds qu'ils provoquent directement à la fraude, lui

(1) Cette loi est restée depuis à l'état de projet.

reconnaître quelque moyen de la réprimer ; il ne suffit pas de frapper d'un droit en sus les fraudeurs ; il faut les découvrir. La loi est muette sur ce point. Dans ces conditions, la Cour de cassation n'a pas hésité en son arrêt du 24 mars 1846 à déclarer que l'administration peut disposer de tous les moyens de preuve de droit commun ; cet arrêt, un autre de Liège (17 juin 1851) et le jugement de Mons (26 novembre 1863) qui l'ont suivi ont vivement ému la doctrine. En réalité la difficulté ne roule que sur deux modes de preuve : les présomptions et la preuve testimoniale ; tout le monde admet la preuve littérale et l'aveu, tout le monde repousse le serment et l'interrogatoire sur faits et articles.

Les auteurs qui n'admettent pas dans notre cas la preuve testimoniale invoquent deux arguments décisifs : 1^o les vices graves d'un système qui permettraient au fisc de pénétrer dans les secrets des familles, de troubler les intérieurs par une inquisition intolérable et de causer ainsi le trouble et le scandale ; le législateur, disent-ils, n'a jamais voulu consacrer un pareil droit et ils invoquent les paroles du rapporteur Crétet au Conseil des Anciens :

« Comment parvenir à constater la quotité et la valeur des successions mobilières ? Pour le faire d'une manière efficace, il faudrait que le fisc fût autorisé à faire universellement opposer les scellés sur toutes les successions, ce que l'on ne pourrait ni voudrait proposer. Dans l'absence de ce moyen, il ne reste que le secours des inventaires rigoureux faits dans certaines successions et celui de la déclaration des héritiers dans les autres ; or on ne peut compter sur la sincérité de ces déclarations. »

Ce respect des affaires privées des contribuables ne serait d'ailleurs que la compensation nécessaire de ce

principe que les dettes des successions ne sont pas défalquées pour la fixation des droits. Crétet s'exprime ainsi à ce sujet :

« Autrement il faudrait procéder à la liquidation de toute succession, contradictoirement entre le fisc et les héritiers, les consommer en frais et en lenteurs par des formes contentieuses et cela indépendamment du scandale intolérable qu'il y aurait à placer les préposés de la régie dans un état permanent d'hostilité entre toutes les familles et de les autoriser à pénétrer dans les affaires les plus intimes. »

Aujourd'hui encore, en attendant que la loi parvienne enfin à réaliser une réforme nécessaire : défalquer les dettes de l'actif ; nous croyons cependant que ces considérations conservent toute leur force.

2° Enfin on remarque que l'enquête est destinée à établir la preuve testimoniale faite par avoués et nécessite des lenteurs incompatibles avec la procédure pénale en matière d'enregistrement, procédure qui ne comporte pas d'avoué.

La Cour de cassation a d'ailleurs proclamé ces principes en termes catégoriques dans son arrêt du 29 février 1860 où elle condamne son ancienne jurisprudence ; cet arrêt et celui du 19 mars 1862 ont fixé définitivement la jurisprudence ; la preuve testimoniale est absolument rejetée en matière de fraudes sur les valeurs des successions.

La jurisprudence admet la preuve par les présomptions simples (Cambrai, 17 août 1853 ; Versailles, 22 avril 1858) ; nous n'hésitons pas, suivant le sentiment de MM. Demante, Rigaud et Pont, à repousser cette théorie qui est combattue par les mêmes raisons que la preuve

testimoniale et qui aboutit dans la pratique à des procédés insupportables d'investigation. Un jugement de Saint-Omer (17 août 1863) et un arrêt de cassation de 1868 (S. 68.1.367) sont encore dans ce sens (V. encore l'argument décisif tiré de l'article 1353 du Code civil).

Il reste à l'enregistrement, en dehors de l'aveu, la faculté de chercher sa preuve dans les titres, inventaires, testaments, actes de société, contrats et autres pièces soumises à l'enregistrement et qui arrivent ainsi régulièrement à la connaissance de l'Administration. Le secret des affaires est alors respecté dans la mesure où ce respect est compatible avec les nécessités fiscales.

B. — Sociétés ; communication.

Ce régime qui, en somme, ne porte pas au secret des affaires d'atteinte trop irrémédiable, qui surtout, ne contraint jamais le commerçant à ouvrir ses livres devant les préposés, a été profondément modifié en ce qui concerne les sociétés. Nous rencontrons ici un ensemble de lois d'où résulte un système très particulier.

I. — La loi du 5 juin 1850, appliquant les principes de la loi de brumaire aux titres des sociétés, pour lesquels la jurisprudence écartait jusqu'alors le droit commun, a assujéti au timbre les actions et obligations ; elle a tarifé à un droit proportionnel de 0 fr. 50 0/0 ou 1 0/0 (suivant que la durée de la société doit être inférieure ou non à 10 ans) toute action émise, à un droit de 1 0/0 toute obligation d'établissement public ou de compagnie. La sanction du droit est une amende de 12 0/0 de la valeur du titre ; les titres doivent être détachés d'un registre à souches. La société peut d'ailleurs s'abonner au prix de 0 fr. 05 0/0 du capital : l'abonnement est payable par trimestre pendant toute la durée de la société.

II. — La loi de juin 1857 a ajouté à cet impôt une taxe nouvelle qui frappe la transmission des titres. Cet impôt était alors fixé à 0 fr. 50 0/0 pour chaque transfert de titres nominatifs ; il prend la forme d'une taxe annuelle de 0 fr. 20 0/0 pour les titres au porteur, l'article 7 ordonne en conséquence de transmettre à l'administration le relevé des transferts et conversions pour chaque trimestre. Pour les sociétés étrangères, également assujetties, la base de la perception est fixée par le ministre des finances sur l'avis d'une commission spéciale (loi 24 mai 1872).

III. — Enfin la loi du 29 juin 1872 a directement frappé d'un impôt proportionnel de 3 0/0 (aujourd'hui 4 0/0), « 1° les intérêts, dividendes, revenus, et tous autres produits des actions de toute nature, des sociétés, compagnies ou entreprises quelconques, financières, industrielles, commerciales ou civiles..... 3° Les intérêts, produits et bénéfices annuels des parts d'intérêt et commandites dans les sociétés, compagnies et entreprises dont le capital n'est pas divisé en actions ».

En ce qui concerne spécialement les sociétés d'assurances, la loi de 1850 et les lois postérieures ont édicté des dispositions nouvelles : toute police d'assurance doit être faite sur papier timbré, à peine d'une amende de 50 francs : et toute société d'assurances, tout assureur maritime, société ou particulier, doit entretenir un répertoire où seront portées les conventions d'assurance ou d'augmentation de prime. En outre, la loi du 27 août 1871 a établi des droits d'enregistrement proportionnels suivant un tarif qui varie avec la nature de l'assurance.

Pour assurer la perception de ces divers impôts, la loi a étendu aux sociétés visées le système qui existait déjà

pour les notaires et autres officiers publics sous le nom de *communication*.

La communication (article 54, loi 22 brumaire an VII) est le droit pour les préposés de l'enregistrement de se faire représenter à toute réquisition les répertoires, livres et pièces de comptabilité qu'ils jugent utile de connaître pour assurer l'observation des lois ; ils peuvent sans déplacement en prendre copie. Les jours de repos sont exceptés seuls.

Résumant les lois nombreuses qui sont intervenues en la matière, nous pouvons dire que, parmi les sociétés et entreprises, sont soumis à ce système :

A. Les entrepreneurs de transport. Le décret du 13 août 1810, qui leur ordonne de remettre à l'administration des contributions indirectes les colis non réclamés, les oblige à déclarer ces objets au bout de 6 mois ; les préposés ont le droit de vérifier si ces déclarations sont complètes en examinant les livres.

B. Les sociétés, compagnies, établissements pour les registres à souches et où sont tirées les actions, obligations, certificats d'actions ou obligations (loi de 1850).

C. Les sociétés d'assurances non maritimes.

D. Les assureurs maritimes, pour le répertoire, visé tous les trois mois, et les polices (loi de 1850).

E. Les sociétés, compagnies ou entreprises pour les registres de conversion ou de transfert de titres et toutes les pièces relatives à ces transferts (loi de 1857).

F. Les magasins généraux (loi du 25 mai 1858).

G. Les transporteurs pour tout registre à souche constatant des expéditions sans lettre de voiture et les compagnies de chemins de fer pour les registres constatant

l'enregistrement des bagages et les pièces de comptabilité qui y sont relatives.

La loi du 23 août 1871 dans son article 22 a sanctionné pour tous les assujettis le refus de communication par une amende de 100 à 1000 francs.

Une controverse très vive étant née sur l'application et la portée de cet article 22 et la jurisprudence (D. 74.5.482) ayant incliné à réduire les droits des préposés, la loi du 21 juin 1875 dans son article 7 a résolu la question en donnant aux préposés des droits d'investigation très complets, afin de leur permettre d'assurer l'exécution « des lois sur l'enregistrement et le timbre ».

Dès lors la communication vise aussi bien les pièces utiles pour établir le revenu des sociétés, frappé par la loi du 29 juin 1872, que les pièces directement soumises au timbre ; cette loi dans son article 2 a d'ailleurs ordonné le dépôt au bureau de l'enregistrement du siège social, de tout compte rendu des réunions du conseil d'administration ou des assemblées générales, dans les 20 jours de la date (1).

Il est donc permis de dire que pour les sociétés par actions, ou ayant émis des obligations, pour les entreprises de transport et les compagnies d'assurances, le secret d'affaires n'existe plus vis-à-vis de l'État. Celui-ci connaît à tout moment le nom des titulaires d'actions ou obligations, la marche de l'entreprise, le chiffre des affaires, les dividendes en distribution ; il peut fouiller dans les livres (2), dans toute la comptabilité et trancher les procès-verbaux et les comptes rendus d'assemblée.

(1) Cassation, 28 février 1898, 18 mars 1889 (*Gaz. Palais*, 99.2.82).

(2) On verra à cet égard que les droits de l'État sont beaucoup plus étendus que ceux des actionnaires !

Consulter Cass., 4 mai 1885, *Gaz. Pal.*, 85.2.472 ; cet arrêt déclare qu'il y

La loi de 1872 dans l'article *in fine* semblait grever de cet impôt et de cette communication même les sociétés par intérêts ; devant le mouvement hostile qui se manifesta dans le commerce, la loi du 1^{er} décembre 1875 vint écarter l'application de la loi de 1872 pour les sociétés en nom collectif, pour les coopératives et, en ce qui concerne les commandites par intérêts la restreignit au montant de la commandite (l'évaluation se fait sans communication).

C'est là un véritable impôt sur le revenu des personnes collectives ; nous croyons que l'Assemblée nationale, qui a constamment repoussé l'impôt sur le revenu des particuliers, a été poussée à la loi de 1872 non seulement par les nécessités fiscales du moment, mais aussi par cette idée que le régime des lois de 1850, 1857, 1871 avait singulièrement préparé le terrain ; tels étaient déjà les droits d'investigation du fisc en ce qui concerne les sociétés qu'il suffisait, comme dit M. Demante, « de transporter le même régime à la perception de la taxe nouvelle ». Comme il s'agit de personnes collectives, la loi ne rencontre pas ici les répugnances personnelles, les sentiments d'intimité violée que trouvent devant eux comme de sérieux obstacles les projets d'impôt général sur le revenu. Nous croyons cependant qu'un tel régime doit être en principe condamné comme exagérant les droits de l'État à l'égard de l'initiative individuelle et conduisant insensiblement à des mesures exclusives de toute liberté ; nous trouvons par exemple choquant que l'État, en contrôlant les livres de commerce des banques

a refus de communication de la part d'une société qui livre ses archives et toutes ses pièces mais refuse d'y faire elle-même des recherches personnelles pour représenter individuellement une pièce de comptabilité qui s'y trouve.

et établissements de crédit, y trouve le nom des déposants, des créanciers et des débiteurs et puisse de la sorte se former contre chaque citoyen un véritable dossier dont, comme il a été dit à la tribune de la Chambre, il serait facile de se servir au jour où l'impôt sur le revenu entrerait dans nos lois.

SECTION III. — Impôt sur le revenu.

Le Parlement a été maintes fois saisi de propositions tendant soit à substituer aux principales contributions actuelles un impôt unique sur le revenu, soit à ajouter cet impôt aux autres comme accessoire et comme correctif. Nous n'avons pas ici à parler du côté financier de la question ; mais nous devons examiner les conséquences de ce système au point de vue du secret des affaires : pour fixer la cote de chacun il faut connaître son revenu ; deux systèmes se présentent : ou l'évaluation par l'administration, évaluation qui peut être discutée par le contribuable ; ou la déclaration obligatoire par les particuliers, avec des sanctions sévères contre la fraude et un contrôle organisé.

Le premier système était celui de la Prusse jusqu'en 1891 ; ce système qui met le fisc en lutte avec le contribuable est difficilement applicable.

Le système des déclarations obligatoires est généralement adopté par les pays qui possèdent l'impôt sur le revenu. En Prusse « tout contribuable est obligé de souscrire une déclaration contenant le montant total de son revenu et distinctement chaque source de revenu avec les dettes et charges dont la déduction est autorisée ». Le taux étant progressif, il existe différentes classes

de revenus et les charges de famille, les maladies, le nombre des enfants peuvent faire descendre le contribuable d'une ou plusieurs classes.

Des commissions de répartition reçoivent les déclarations et évaluent les revenus inférieurs à 3.000 marks, à charge d'appel, avec droit de se faire produire les pièces justificatives.

En Angleterre l'*income tax* est perçue suivant des cédules visant chacune une source de revenus (discrimination). La cédule D, qui nous intéresse surtout, comprend les bénéfices commerciaux et industriels ; chaque cédule donne lieu à une déclaration distincte devant une commission de citoyens choisis par les notables, de sorte que généralement les commerçants font leurs déclarations devant leurs concurrents. La déclaration doit représenter la moyenne des bénéfices pour les trois dernières années ; les créances douteuses sont évaluées et les mauvaises comptées pour rien ? Les commerçants ont d'ailleurs, pour éviter les scandaleux abus qui ne manqueraient pas de se produire, la faculté de remettre leur déclaration sous pli cacheté aux agents du timbre et de l'enregistrement.

L'Italie et l'Autriche ont combiné ces deux systèmes qui sont les deux types principaux.

On le voit, la question se pose nettement : l'impôt sur le revenu suppose pour les particuliers un régime analogue à celui qui existe aujourd'hui pour les sociétés anonymes : déclaration ou évaluation, peu importe : il faut, en tous cas, que le fisc connaisse le chiffre de chaque fortune, sa consistance, ses origines, ses aliments ; de qui le contribuable est-il créancier et ce débiteur est-il solvable ? de qui débiteur et pour combien ? Quelles charges

de famille supporte-t-il ? Quelles assurances a-t-il contractées ? Et naturellement tout cela devra se vérifier : la cote de chaque commerçant ne sera établie avec quelque exactitude que lorsqu'il aura ouvert tout grands ses livres et produit toutes les pièces qui peuvent concourir à « cette anthropométrie fiscale » (1).

Et comme, pour garantir contre l'arbitraire et ne pas faire du fisc un ennemi public, on est obligé de substituer aux fonctionnaires une sorte de jury, une commission d'électeurs, que cette commission soit l'autorité municipale (projet Merlou-Doumer) ou le conseil d'arrondissement (amendement Lhopiteau), c'est, comme l'a dit M. Delombre, le « manquement de l'impôt mis comme enjeu aux luttes locales », c'est la curiosité, la malignité publique autorisées à toutes les recherches et à toutes les inquisitions, c'est surtout la concurrence entre commerçants, faussée et rendue inégale, la liberté et l'initiative individuelles violées dans ce qu'elles ont de plus précieux et de plus sacré.

On ne manque pas d'objecter que les lois actuelles ne se font pas scrupule de porter atteinte au secret des affaires et l'on rappelle les lois sur l'enregistrement dont nous avons parlé ; mais on oublie que les lois actuelles limitent les investigations du fisc à des faits précis, faciles à contrôler : il s'agit de transmissions de biens déterminés, d'acquisitions de droits ; il ne s'agit pas d'une chose aussi flottante qu'un revenu total que l'on doit apprécier en bloc à la fin de chaque année. Et d'ailleurs, on a vu les précautions que la loi a prises pour limiter l'inquisition au nécessaire ; et pour l'impôt sur les suc-

(1) Discours de M. Boucher en 1896.

cessions, qui est le plus grave, nous avons montré quel respect elle avait montré à l'égard des fortunes privées.

On ajoute que les pays étrangers pratiquent l'impôt sur le revenu et se s'en plaignent point. Voici, en effet, quelques opinions autorisées sur ce sujet. Sir William Harcourt, ministre des finances anglais, a pu écrire : « Dans nos lois, les facultés de chaque contribuable ne sont soumises à aucune inquisition ; on ne demande à voir ni le journal, ni le livre de caisse..... Les études que j'ai faites et l'avis des personnes compétentes m'ont convaincu que les inquisitions irritantes et les pénalités qui font nécessairement partie des systèmes dont la base est la détermination du revenu vital rendraient la perception de l'income tax si odieuse que, selon toutes probabilités, l'impôt ne pourrait être maintenu. »

La douceur du système anglais a d'ailleurs son avantage : le rapport de l'administration anglaise de 1856 à 1869 constatait une moyenne de contribuables fraudeurs de 40 0/0.

En Amérique, l'Administration des finances dit, dans son rapport pour le Connecticut : « L'impôt charge un grand nombre de consciences, mais peu de propriétés. » Et, pour la Virginie : « Il est rare de voir un négociant habile faire la déclaration d'une grande quantité de valeurs ou d'espèces ; en Virginie, le paiement de l'income tax sur ce genre de biens est considéré comme un acte volontaire aussi méritoire qu'une donation faite à l'église de la paroisse ou à l'école du dimanche. »

Nous ne parlerons pas de l'Italie où le quart des cotes est irrécouvrable.

Fraude ouverte ou inquisition insupportable, voilà le

caractère de l'impôt personnel si justement noté par M. Georges Trouillot :

« Il ne faut pas établir un impôt sur les faiblesses humaines et la déclaration, dangereuse pour les finances, n'est-elle pas en outre compliquée de moyens de contrôle qui en sont le corollaire nécessaire insupportable aux citoyens ? Vous violeriez ainsi nos mœurs, nos habitudes, ce secret domestique que jusqu'ici, depuis cent ans, toutes nos législations ont respecté ; vous condamneriez les citoyens non seulement à faire connaître l'étendue de leur fortune, mais aussi fréquemment à révéler l'étendue de leur misère. »

Il resterait, pour être complet, à étudier ici la loi du 28 avril 1893 sur les opérations de bourse. Mais cette loi soulevant diverses questions à l'étude devant le Parlement, nous sommes obligé de réserver ici ces points qui seront repris ensemble au chapitre second de la II^e partie dans l'appendice relatif aux agents de change et coulissiers.

CHAPITRE II

LE SECRET DEVANT LA JUSTICE.

Nous avons vu combien est respectable le secret d'affaires et jusqu'à quel point la loi fiscale a poussé ce respect ; mais quel que soit l'intérêt du commerce, quelque sacré que soit pour le commerçant le droit de ne point révéler les opérations qu'il a faites, cet intérêt général, comme ce droit privé, doivent céder devant un intérêt plus général, un droit plus sacré : celui de la justice. Dominant le conflit des individus, la justice est chargée de maintenir l'ordre dans la société, d'assurer le respect des lois sociales et d'autre part d'empêcher tout empiètement sur les droits individuels ; pour réprimer les troubles sociaux, comme pour contrôler la lutte des intérêts, pour fixer au droit de chacun sa limite et son étendue, il faut qu'elle puisse porter partout ses investigations ; de même que les autres intérêts privés le secret d'affaires va céder devant l'intérêt de la justice ; mais il ne le doit faire que dans la stricte mesure que commande cet intérêt ; la limite variera naturellement, suivant que le commerçant se trouvera devant la justice répressive, chargée d'assurer le respect des droits sociaux, ou la justice civile, chargée de régler les conflits privés.

SECTION I. — **Justice répressive.**

Ayant pour mission de rechercher les infractions aux lois et d'en punir les coupables, la justice répressive se trouve sans cesse dans la nécessité de réclamer aux particuliers les renseignements qui forment la base de ses recherches ou de ses poursuites. Devant l'intérêt social qui exige la punition du coupable, devant l'intérêt de la justice qui ordonne de ne rien épargner pour éviter de frapper un innocent, les secrets privés disparaissent et les mandataires de la justice peuvent réclamer à chacun les révélations qu'ils estiment utiles ; pour illimité que paraisse ce droit, il comporte cependant des garanties que nulle loi ne saurait se refuser à reconnaître, sous peine de livrer l'intérêt privé à l'arbitraire ; ici encore la société cherche à ne violer le droit individuel que dans la mesure où cette violation est nécessaire.

La justice recherchera les indications utiles par deux catégories de procédés : l'interrogatoire, les investigations. Le premier moyen est une violation morale, le second une violation matérielle des secrets privés. Dans le premier cas le commerçant sera tenu de dire lui-même ce qu'il voulait cacher, dans le second cas la justice en saisira les traces et la constatation dans ses livres, ses papiers, sa correspondance.

§ 1. — **Interrogatoires.**

Le commerçant mandé devant la justice peut être interrogé comme accusé ou comme témoin.

Dans le premier cas, la justice compte sur ses réponses pour établir sa propre culpabilité ou son innocence ;

les législations modernes reconnaissent que rien ne saurait forcer l'accusé à parler ; il ne prête aucun serment, ne peut être, à raison de son silence, soumis à aucune contrainte, encourir aucune peine ; il est juge de son intérêt ; à lui de savoir s'il préfère s'exposer à une condamnation en ne révélant point des faits qui serviraient peut-être à sa défense ou dire tout ce qu'il sait devant la justice. Il peut même devant toute juridiction refuser de répondre et, en dehors des circonstances de fait, on ne saurait approuver l'arrêt d'une Cour d'assises qui punit, comme causant du désordre à l'audience, un prévenu ayant usé de ce droit. Le danger que court le prévenu en ne se défendant pas est la seule contrainte qui puisse l'engager à parler.

Mais il n'en est plus de même si la justice a devant elle un témoin ; dès lors elle peut exiger qu'il fasse connaître tout ce qu'il sait, qu'il réponde à toutes les questions posées ; seule l'impossibilité matérielle de se présenter excuse l'absence d'un témoin régulièrement cité et le juge statue lui-même sur cette excuse ; l'intérêt personnel, quelque considérable, quelque pressant qu'il soit, ne dispense personne du serment et ne délie personne du devoir de révéler tout ce qu'il connaît sur l'affaire ; un contrat, un serment antérieur de se taire seraient devant la justice sans valeur, à plus forte raison la simple crainte d'un préjudice ; le commerçant devra donc répondre aux questions qui lui seront posées sur ses affaires, sur ses rapports avec telle personne, sur tout ce qui enfin intéressera la justice.

Mais qui représente la justice ? quelles personnes ont entre les mains ce formidable pouvoir ? Examinons cette question selon l'ordre même que suit une accusation.

A. — *Police judiciaire.*

La poursuite est d'ordinaire mise en mouvement par les officiers de police judiciaire : procureurs et ses auxiliaires, agents spéciaux n'ont, hors le cas de flagrant délit, que le droit de recherche et de poursuite ; le droit d'interroger un témoin ne leur appartient à aucun degré. Au cas de flagrant délit, c'est-à-dire dans le cas défini par l'article 41 du Code d'instruction criminelle, si le fait emporte peine afflictive ou infamante, les droits de ces officiers se développent, l'accusateur devient presque juge, comme nous le verrons par la suite ; il a le droit d'arrêter, de saisir, de constater ; il appelle à son procès-verbal (art. 33) toute personne pouvant donner des éclaircissements et reçoit ses déclarations signées ; mais point de serment et comme il n'y a dans la loi aucune sanction à ce droit d'interrogatoire, nous en concluons qu'il n'existe pour les personnes interrogées aucune obligation de répondre.

Les procureurs et ses auxiliaires ne sauraient donc, par l'interrogatoire, et en vertu de leur seule autorité, contraindre personne à révéler oralement ce qu'elle veut garder caché.

B. — *Instruction.*

Mais, dès que le juge d'instruction est saisi de l'affaire la situation change ; les particuliers ont en face d'eux non plus un fonctionnaire révocable, mais un magistrat inamovible ; l'obligation de se soumettre aux ordres de la justice apparaît aussitôt. Tout témoin cité doit se présenter, prêter serment de dire la vérité et répondre sur tout ce qu'il connaît ; aucune considération personnelle, pas

plus le secret d'affaires que la parenté (l'article 156 C.I.cr. n'étant pas ici applicable), ne saurait justifier son silence.

Seules, certaines professions communiquent à ceux qui les exercent, non le droit mais le devoir de taire certaines confidences ; le secret que le commerçant aura confié à la conscience de l'avocat, de l'avoué, du notaire échappera ainsi à la révélation obligataire, non point en vertu de l'article 378 du Code pénal mais en vertu d'une loi éternelle de morale et d'intérêt social (V. Cassation, 20 janvier 1826 ; 10 juin 1853, etc.) (1).

La sanction du refus de déposer est édictée par l'article 80 du Code d'instruction criminelle qui donne au juge le droit de prononcer une amende dont le maximum est de 100 francs. Cette sanction nous paraît légère et peu en proportion avec l'intérêt que peuvent avoir d'une part le témoin à garder le silence et de l'autre la société à l'en faire sortir.

Cette obligation existe également devant toute personne à qui le juge a délégué son droit, pourvu que cette délégation soit régulière et légale ; c'est-à-dire dans les cas prévus par les articles 83 et 84 ; suivant les distinctions établies en ces textes, la délégation sera faite, en cas d'éloignement ou d'impossibilité pour le témoin de se

(1) Voir les arrêts cités dans le rapport de M. le conseiller Tanon dans l'affaire Watelet (Cass. civ., 18 déc. 1885, *G. P.* 86.1.225). On sait que cette question : concilier le secret professionnel et l'obligation de témoigner est très discutée et que trois systèmes ont été soutenus : 1^o obligation de parler ; 2^o obligation de se taire ; 3^o appréciation facultative du témoin. La seconde de ces solutions (qui est actuellement celle de la Cour de cassation, 7 avril 1870) est la seule juridique.

Consulter : Muteau, p. 62 et s. (*Secret profess.*) ; Hallays, p. 23 et s. (*Secret profess.*) ; Legris ; Haussens (*Secret des Lettres*) ; Garraud, n^o 57.

Cf. Cass., 1^{er} mai 1899, *G. Palais*, 17 mai, sur Paris, 6 mai 1897, *G. Tribunaux*, 10 mai 1897 et conclusions de M. l'avocat général devant la Cour de cassation.

présenter, tantôt à un juge de paix, tantôt à un juge d'instruction ; mais nous nous refusons absolument, suivant en cela l'opinion de Faustin Hélie, à admettre la validité des délégations, préconisées par les circulaires ministérielles, faites en violation absolue de ces articles et qui aboutissent à supprimer pour les particuliers la plus grande partie des garanties nécessaires que la loi leur a accordées. Le juge tient sa qualité de la loi ; il ne saurait en revêtir une autre personne sans l'autorisation légale.

La Chambre des mises en accusation peut, aux termes des articles 228, 235 et 248 du Code d'instruction criminelle, ordonner des instructions nouvelles ou des suppléments d'instruction ; en ces cas le conseiller délégué ou le juge chargé d'instruire ont naturellement (art. 237, Cass., 12 février 1835) tous les pouvoirs du juge ordinaire ; et les témoins devront devant eux déposer sous serment.

Le président de la Cour d'assises peut, en vertu de l'article 303 du Code d'instruction criminelle, par lui-même ou par le juge qu'il a délégué, entendre avant l'audience, des témoins nouveaux ou des témoins déjà entendus, il les interroge sur des faits nouveaux ; le refus de déposer serait puni par la Cour d'assises qui appliquerait l'article 80 (art. 304, C. instr. crim.).

C. — Jugement.

Enfin devant toute juridiction de jugement (simple police, correctionnelle, cour d'assises), la même obligation existe pour le témoin assigné ; à toute question posée par le président, qu'elle émane de celui-ci, de la Cour, des jurés, du ministère public, de l'accusé ou de la partie ci-

vile, le témoin doit répondre, à peine de l'amende de l'article 80.

Ne peut-on aller plus loin et considérer le témoin qui se renferme dans le silence comme coupable du crime de faux témoignage ? Il faut distinguer : le refus simple de répondre, motivé ou non, ne saurait évidemment être considéré comme tel (arrêt de la Cour des Pairs, 1^{er} juin 1821) ; mais la réticence, suivant la jurisprudence très nette de la Cour de cassation, si elle provient d'une intention criminelle et si elle modifie le sens de la déposition entière, dont elle altère le caractère et le résultat, pourrait donner lieu à l'application de l'article 330 et à une poursuite en faux témoignage (Jurispr. Cass., 17 mars 1827).

La loi a investi le président de la Cour d'assises d'un pouvoir spécial, dit pouvoir discrétionnaire ; il peut en vertu de l'article 269 faire amener, même par force, toutes personnes et les faire entendre sans serment à titre de renseignement ; faute d'une sanction qui n'est point édictée par la loi, nous considérons qu'il n'existe pour ces personnes aucune obligation légale et qu'elles peuvent, si tel est leur intérêt, se renfermer dans le silence et refuser de révéler les faits dont le secret peut leur importer.

Tel est l'état de notre législation, en ce qui concerne ceux que Bentham appelle « les yeux et les oreilles de la justice ». Obligation, imparfaitement sanctionnée selon nous, de tout dire, quel que soit l'intérêt personnel à se taire, quand ils sont assignés devant les juges ; faculté de conserver intacts leurs secrets personnels hors de ce cas.

§ 2. — Perquisitions et saisies.

C'est ici que pratiquement, les droits illimités de la justice porteront au secret d'affaires les plus graves atteintes ; et cependant, elle rencontre l'inviolabilité du domicile, proclamée successivement par la loi du 22 juillet 1791 (art. 8), la Constitution de fructidor an III (art. 359), le Code de brumaire an IV (art. 208), la Constitution de l'an VIII (art. 3), la Constitution de 1848, et sanctionnée par l'article 184 du Code pénal ; ce principe se lie indissolublement à celui qui fait l'objet de notre étude pour limiter les visites, les perquisitions, les saisies.

A. — *Police judiciaire.*

La police judiciaire qui, d'ordinaire, révèle à la justice les éléments de ses recherches, ne saurait avoir des droits de perquisitions fort étendus sans menacer vivement la liberté individuelle, c'est ce que nos lois ont compris ; et c'est là le principe qui domine cette partie de notre sujet.

En matière ordinaire, le procureur et ses auxiliaires (substituts, maires, juges de paix, commissaires de police, gardes, officiers de gendarmerie) n'ont aucun droit de perquisition, ni de saisie ; ils sont chargés de recevoir les plaintes, les constatent dans leurs procès-verbaux, les transmettent, mettent la justice en mouvement et lui indiquent les sources où elle trouvera des preuves, les recherches qui produiront des indices.

La pratique est cependant différente ; sous le nom d'enquête officieuse les circulaires des gardes des sceaux (Circ. Jacquinot-Pampelune de 1817) et des procureurs généraux approuvent une procédure qui remet aux com-

missaires de police une sorte d'information préalable. Suivant le sentiment de Faustin-Hélie nous considérons ce système comme contraire à la loi et ne reconnaissons pas dans une utilité pratique d'ailleurs contestable un fondement suffisant à cette atteinte aux garanties légales.

Mais au cas de flagrant délit nous avons déjà indiqué que les pouvoirs de l'officier de police judiciaire reçoivent une extension considérable ; celui que la loi a chargé de poursuivre et d'accuser devient juge ; celui qui doit des faits et des témoignages tirer contre le prévenu les arguments susceptibles de prouver sa culpabilité est chargé pour un moment de recueillir ces faits et de les examiner ! Les articles 32 et suivants du Code d'instruction criminelle chargent cette officier de se transporter sur les lieux où un crime a été commis, de constater le corps du délit, les traces, les indices, d'interroger, de saisir « tout ce qui pourra servir à la manifestation de la vérité », d'arrêter même celui qu'il soupçonne ! Il peut même (art. 36) se transporter au domicile du prévenu, perquisitionner et saisir tout ce qui peut servir à charge ou à décharge !

Ce droit étant exceptionnel doit être restrictivement entendu ; il est donc soumis dans son exercice aux conditions suivantes aux termes de la loi :

1° Il faut qu'il y ait flagrant délit (définition de l'article 41) ;

2° Que ce délit soit de nature à entraîner peine afflictive ou infamante (art. 32) ;

3° Qu'il y ait un prévenu (art. 30) ; le procureur ne saurait rechercher un prévenu au moyen de ces perquisitions ; il faut qu'il ait déjà recueilli contre un individu déterminé des indices graves ;

4° Que le fait soit tel que la preuve pourra vraisemblablement en être acquise par des papiers en possession du prévenu ;

5° Enfin cette perquisition ne peut être faite qu'au domicile du prévenu ; cependant la jurisprudence admet avec raison que le procureur pourrait perquisitionner chez les complices et dans toute maison ouverte au public (1), tant quelle reste ouverte.

Dans ces limites le droit de l'officier est absolu ; les livres, les papiers du commerçant soupçonné sont à sa merci ; il peut les saisir à son gré, les faire examiner par experts, les emporter en observant les règles de forme des articles 38 et 39. Il faut seulement observer qu'aucune de ces mesures ne serait légale s'il s'agissait de faire des recherches en un lieu autre que le domicile du prévenu : maisons de banque, magasins, habitations sont à l'abri absolu de ces visites, dès lors qu'il s'agit d'y rechercher des papiers qui devraient compromettre un autre que le banquier, le commerçant ou l'habitant.

Cette limitation est-elle suffisante ? nous ne le pensons pas et nous croyons qu'il serait indispensable de refondre cette matière et de confier à d'autres qu'à ceux qui doivent poursuivre le soin d'examiner impartialement malgré l'émotion d'un crime récent les faits et les objets matériels qui par leur témoignage muet peuvent éclairer la justice.

D'autre part le Code de commerce (art. 482, 483, 602, 603) a donné au ministère public le droit de prendre, à toute époque, communication de tous papiers, livres relatifs à une faillite. Le juge-commissaire doit transmettre

(1) Café, maison de jeux, etc.

au procureur de la République le rapport des syndics ; les registres, livres, papiers, titres, renseignements de toute sorte intéressant la faillite sont, pendant toute sa durée, à la disposition absolue du procureur. Cette mesure, qui a pour but de permettre la poursuite des banqueroutes ne saurait qu'être approuvée. Elle ne comporte aucune limitation et donne au procureur un droit d'investigation absolu dans tout ce qui concerne la faillite.

Nous n'avons parlé jusqu'ici que des saisies de droit commun, c'est-à-dire de celles qui ont pour but de guider la justice vers la vérité, qui servent de moyens de preuve ; il existe d'autres saisies qui, dans une mesure plus limitée, peuvent nuire au secret d'affaires ; elles sont confiées à ceux qu'on appelle les agents spéciaux de la police judiciaire : agents des ponts et chaussées, des eaux et forêts, des contributions indirectes, des douanes, des postes, de l'enregistrement, de l'autorité militaire, de la police maritime, des monnaies, etc. En ce cas, les saisies ne sont plus des moyens de preuve, mais la confiscation des instruments, produits, ou corps du délit. Elles sont régies par des lois spéciales dont elles doivent assurer le respect. D'une façon générale, le principe de l'inviolabilité du domicile (car il est ici plus en cause que le secret d'affaires) a imposé des garanties sérieuses, comme la présence du maire ou du juge de paix, dans les cas ordinaires ; les saisies dont nous avons indiqué le but porteront, d'ailleurs, sur des marchandises ou des objets matériels et, par suite, ces matières spéciales ne rentrent qu'indirectement dans notre sujet (1).

(1) Cependant, nous devons mentionner la loi du 2 novembre 1892 qui,

Reste enfin un officier de police judiciaire dont les droits semblent exorbitants du droit commun ; c'est le préfet qui reçoit des pouvoirs importants de l'article 10 du Code d'instruction criminelle ; une difficulté considérable est soulevée sur la matière et nous devons réserver cette question pour ne la traiter qu'après avoir examiné les pouvoirs du juge d'instruction auquel une opinion prétend assimiler les préfets.

B. — *Instruction.*

La plainte transmise, la poursuite commencée, un juge d'instruction est chargé de l'information ; successeur des lieutenants criminels (ordonnance de 1522), le juge d'instruction nous vient en droite ligne de l'ordonnance de 1670 ; c'est là, dans cette procédure essentiellement inquisitoriale, que nous devons chercher le fondement des règles actuelles. Quoique la loi du 8 décembre 1897 l'ait adouci dans la forme, le pouvoir du juge reste au fond aussi formidable. Le temps est loin où le simple citoyen demandant au préteur une *legem* et accompagné de ses amis *custodes*, en présence de son adversaire, recherchait au grand jour les preuves et les témoignages, saisissait, perquisitionnait, prenait copie des registres

réglant ainsi l'application des lois des 22 mars 1841 et 3 juin 1874, sur le travail des enfants dans les usines et ateliers, régit l'organisation des inspecteurs du travail ; ceux-ci ont droit d'entrée dans les lieux visés à toute heure pendant la durée du travail ; ils examinent un registre spécial, contenant l'état civil des ouvriers et vérifient les conditions du travail. Ils prêtent un serment de discrétion spécial et ne peuvent toucher aux livres de commerce.

Il a été bien entendu, lors de la discussion, que les officiers de police judiciaire rentraient dans le droit commun et n'avaient, vis-à-vis des usines, aucun droit spécial (Lagrésille—Duvergier, *Collection des lois*, p. 158 ; — Morillot, *France Judiciaire*, 1^{er} mars 1877, p. 108 ; — Circulaire, 1^{er} mars 1876).

publics ou privés. Aujourd'hui la justice elle-même, dans l'ombre et le silence, recueille patiemment ces indices, sans connaître, aux pouvoirs qu'elle exerce, d'autres limites que celles que la conscience du magistrat veut bien lui reconnaître ; le juge, véritable inquisiteur, fouille, rassemble, vérifie à sa guise.

C'est dire que le secret des livres n'existe pas pour lui, pas plus qu'aucun autre secret ; qu'il y ait ou non flagrant délit le juge se transporte où il lui convient ; pénètre partout, au domicile du prévenu (art. 87), ou ailleurs (art. 88). Le procureur, au cas de flagrant délit, ne peut perquisitionner que chez le prévenu ; le juge peut perquisitionner partout, faire ouvrir toutes les portes, tous les meubles, prendre connaissance de tout papier, le saisir s'il le juge utile. Ce pouvoir ne rencontre en fait aucun obstacle ; la loi a remis le soin de la justice aussi bien que le respect des garanties du citoyen à la sagesse d'une seule personne.

En théorie cependant, il est des règles que le juge doit respecter ; d'après le texte des articles 87 et suivants, le juge ne peut user de ce droit de perquisition que :

1° S'il y a un prévenu ;

2° S'il a présomption grave que, dans tel lieu déterminé, sont cachés des papiers ou effets de nature à prouver sa culpabilité.

Ce principe condamne les perquisitions générales qui consistent à rechercher à peu près au hasard des indices dont on ignore d'ordinaire la nature et la retraite.

Le juge peut-il déléguer ce pouvoir de perquisition ? La pratique l'admet unanimement, de sorte qu'un commissaire de police, par exemple, muni d'un mandat jouit

contre les particuliers du pouvoir énorme que nous venons d'indiquer. Avec Carnot, Mangin, Faustin-Hélie, nous nous refusons à admettre la légalité de ce système ; il est impossible de laisser ainsi substituer la forme administrative à la forme judiciaire. Nul n'a le droit de forcer le domicile privé, de violer le secret des affaires d'un citoyen, de prendre connaissance de tout ce qui constitue sa propriété, sauf ceux à qui la loi a reconnu ce droit. Elle ne l'a point reconnu, hors le cas de flagrant délit et de réclamation de l'intérieur ou réquisition du chef de famille, aux officiers de police judiciaire, excepté pour l'exécution des jugements et la répression de certaines infractions aux lois pénales. Ces officiers sont donc sans qualité pour perquisitionner aux lieu et place du juge : le mandat de celui-ci, donné sans autorisation de la loi, ne saurait leur attribuer cette qualité : or la loi ne donne point au juge ce droit de délégation ; l'article 90 qui le donne tout naturellement au cas où la perquisition devrait avoir lieu hors de l'arrondissement le refuse par cela même en règle générale et l'article 89 s'est bien gardé de déclarer applicable au juge l'article 52 qui permet la délégation au procureur de la République.

Quand le juge d'instruction se présente lui-même, il importe peu que les papiers recherchés soient la propriété du prévenu ou d'un tiers et que celui-ci ait intérêt à les garder ; il importera peu même qu'il y ait dépôt entre ses mains, sauf à appliquer ici au notaire les règles indiquées pour le témoignage, et au cabinet de l'avoué et de l'avocat l'interdiction de saisir tout ce qui est déposé par suite de la profession (arrêt du Parlement de Toulouse, 12 février 1672, jurisprudence unanime).

Ici se présente une question dont la solution touche

indirectement à notre matière. Le juge a-t-il le droit de saisir à la poste les lettres pouvant lui fournir des renseignements utiles ou des preuves ? On voit de suite quel danger pour le secret d'affaires peut constituer l'ouverture d'une correspondance.

Pour l'affirmative on fait valoir le principe du secret des lettres si souvent proclamé par l'autorité législative ou judiciaire (arrêt du Parlement, arrêt du Conseil du roi 18 août 1775, résolution de l'Assemblée Constituante juillet 1789, décret d'août 1790, Code brumaire an IV, 187 Code pénal, arrêts de cassation des 11 juillet 1792, 6 décembre 1816).

Ce principe ne nous semble pas pouvoir faire obstacle aux droits de la justice ; pas plus dans les bureaux de la poste que dans ses bureaux les secrets du commerçant ne sont à l'abri des investigations du juge ; nous admettons donc non pas seulement avec Faustin-Hélie le droit de saisir la correspondance écrite par le prévenu ou à lui adressée, mais même avec la jurisprudence le droit pour le juge de saisir toutes lettres, à charge de se conformer aux principes que nous avons indiqués ci-dessus.

Un cas particulier est prévu par les articles 452 et suivants du Code d'instruction criminelle ; en matière de faux, tout dépositaire de la pièce arguée de faux est tenu de la remettre sur ordonnance de l'officier du ministère public ou du juge d'instruction ; si elle fait partie d'un registre il devra remettre le registre entier. Même, aux termes de l'article 456, les particuliers pourront être obligés par corps à remettre les pièces de comparaison qu'ils possèdent, après jugement du « tribunal saisi ». Qui est le tribunal saisi ? Les uns soutiennent que c'est le juge d'instruction lui-même, d'autres préfèrent le tribunal civil du lieu et cette opinion est plus vraisemblable

Le juge est d'ailleurs arbitre souverain : il peut rendre aux parties les pièces saisies, sur conclusions du procureur, ou au contraire les joindre au dossier, de façon que le ministère public, l'accusé et son conseil, le tribunal, les témoins et le public même en auront plus ou moins complètement connaissance ; il les livrera, s'il le croit utile, à des experts qui les examineront et tireront de leur travail telles conclusions qu'il leur plaira ; le commerçant ne peut se plaindre : l'intérêt général passe avant l'intérêt privé.

Comme nous l'avons indiqué précédemment, dans les cas où la Chambre des mises en accusation ordonne une instruction nouvelle ou un supplément d'instruction, le magistrat qu'elle délègue à cet effet jouit de tous les droits du juge d'instruction ordinaire et les mêmes règles doivent être appliquées.

Préfet de police. — Ayant indiqué la différence qui sépare les pouvoirs du juge en notre matière de ceux des officiers de police judiciaire, nous pouvons maintenant aborder la controverse mentionnée plus haut sur les pouvoirs du préfet.

L'article 10 du Code d'instruction criminelle porte que « les préfets des départements et le préfet de police à Paris pourront faire personnellement ou requérir les officiers de police judiciaire, chacun en ce qui le concerne, de faire tous actes nécessaires à l'effet de constater les crimes, délits et contraventions et d'en livrer les auteurs aux tribunaux chargés de les punir, conformément à l'article 8 ci-dessus ».

Que comprend ce pouvoir exceptionnel ? La jurisprudence (Cassation, 21 novembre 1853, D. 53.1.279 ; 16 août 1862, 19 janvier 1866, 12 mai 1887 ; Lyon, 23 juillet 1872)

a déclaré que les termes de cet article conféraient aux préfets les pouvoirs généraux du juge d'instruction (en ce sens Mangin, Boitard, Vivien, Garraud, Laborde, Trébutien) ; « que ce droit embrasse le cercle de la police judiciaire, tel qu'il est tracé par l'article 8, et qu'il a pour conséquence nécessaire le droit de faire tant au domicile du prévenu que partout ailleurs les perquisitions et saisies indispensables pour la manifestation de la vérité ; qu'on objecte vainement que la recherche des pièces pouvant servir à conviction ne saurait être pratiquée au domicile des tiers ou dans un dépôt public que par le juge d'instruction qui en trouve la mission dans l'article 88 ; que si cette recherche, qui est évidemment un moyen de constater les délits, crimes et contraventions, a été mise dans les attributions du juge d'instruction par l'article 88, elle appartient également aux préfets en vertu des articles 8 et 10 combinés, qu'il résulte de ce dernier texte que tout acte d'instruction tendant à constater les crimes, délits et contraventions est dans le domaine du préfet de police. »

L'arrêt cité (Ch. réunies, 21 novembre 1853 : aff. de Coëtlogon) va plus loin ; il déclare qu'il n'y a aucune distinction à faire entre la police judiciaire et l'instruction ; cette théorie, assurément contraire à tous les principes de notre instruction criminelle, la jurisprudence ne l'a heureusement construite et appliquée que pour notre espèce ; il n'en reste pas moins que la jurisprudence et un parti important de la doctrine reconnaissent aux préfets dans tous les cas, le droit d'opérer, soit à la poste soit chez les particuliers, toutes les perquisitions et saisies et de procéder à de véritables instructions. Cette doctrine se réfute déjà par ses conséquences : il est im-

possible d'admettre « qu'un fonctionnaire, essentiellement administratif et politique, amovible, responsable seulement devant le ministre de l'intérieur, puisse de sa seule autorité, non seulement constater les infractions par procès-verbaux, non seulement faire arrêter des citoyens par mandat d'amener, mais encore placer ceux-ci sous mandat de dépôt ou d'arrêt et les maintenir en état de détention préventive aussi longtemps qu'il leur plaira pendant le cours d'une instruction qu'il dirigera seul » (Suppl. Dalloz, *Proc. crim.*, n° 383).

Et c'est en vain qu'on voudrait s'arrêter ; si l'on entre dans la voie de la jurisprudence, il faut aller jusqu'au bout ; il n'existe aucun élément de distinction, aucune différenciation : le préfet a tous les pouvoirs du juge ou il n'en a aucun. Il serait vraiment inutile d'avoir avec tant de soin posé le principe de la séparation des pouvoirs, d'en avoir fait une des bases de notre organisation moderne ; il serait inutile d'avoir soigneusement réglé le cours de la justice, d'avoir donné, dans la loi du 8 décembre 1897 par exemple, de sérieuses garanties au prévenu ; si l'on avait d'autre part en un article équivoque remis à un fonctionnaire révocable et exclusivement politique un droit qui bouleverse par son existence seule tout cet échafaudage et ferait revivre à volonté les lettres de cachet et le régime du bon plaisir.

Aussi bien la jurisprudence a faussement interprété l'article 10 ; elle a confondu, sur la foi d'une rubrique copiée par erreur dans le Code de brumaire an IV, la police judiciaire et l'instruction, oubliant ces paroles des auteurs du Code : « Nous voulons donner exclusivement la justice aux juges ». Les termes mêmes de cet article montrent que les préfets ont le choix d'agir eux-mêmes

ou de faire agir les affaires de police judiciaire ; et comme ceux-ci ne peuvent agir que chacun en ce qui le concerne, force est bien de reconnaître que la loi a entendu donner au préfet le même pouvoir qu'à ces officiers qui peuvent indifféremment le remplacer. Et d'ailleurs les droits que la loi prévoit, quels sont-ils sinon ceux de l'article 8, c'est-à-dire de la police judiciaire. Qu'on n'équivoque point sans prétexte que le juge d'instruction est (art. 9) officier de police judiciaire : il l'est en effet dans un seul cas, celui de flagrant délit, et c'est parce que qui peut le plus, peut le moins ; mais certes quand la loi a donné au préfet les droits de l'officier de police, elle n'a point voulu lui communiquer ainsi ceux qu'un officier, le juge d'instruction, détient à un autre titre.

Les explications de Treilhard et de Napoléon sont d'ailleurs formelles, elles prévoient uniquement le cas où le préfet mis au dernier moment au courant d'un complot, n'ayant pas un moment à perdre, saisit les coupables sur le fait. Or c'est bien dans ce cas du flagrant délit que l'officier a des droits étendus de constatation, de perquisition. Ce sont ces pouvoirs seuls que nous reconnaissons au préfet ; nous l'assimilons complètement aux officiers de police, sans restreindre ce pouvoir aux crimes contre l'État, car le texte est muet sur ce point ; le préfet ne pourra donc perquisitionner que chez un prévenu et seulement dans le cas où le procureur le pourrait ; il ne saurait saisir une correspondance ni les livres d'un commerçant, hors le cas de l'article 36 (dans le sens restrictif : Hélie, Duverger, Morin, *Journal de droit criminel*, Béranger, Ortolan). Même dans cette limite le pouvoir judiciaire du préfet est une anomalie que la réforme du Code d'instruction criminelle va faire disparaître.

Ainsi que nous l'avons indiqué, le président des assises peut, lors de l'interrogatoire antérieur aux débats, compléter l'instruction ; il peut à ce titre ordonner les vérifications, visites, expertises nécessaires. Il peut spécialement ordonner une vérification de livres chez un commerçant (1).

Aux termes de l'article 30 de la loi du 22 janvier 1851 sur l'assistance judiciaire, le président du tribunal correctionnel et le président de la cour d'assises ont le droit « d'ordonner toutes productions et vérifications de pièces » ; ce droit ainsi institué avant les débats par l'article 30 est fort mal défini ; sa portée n'est en rien réglée par la loi ; impossible donc de savoir jusqu'où va ce pouvoir ; il est naturel de reconnaître à l'ordonnance rendue en vertu de cet article la même force qu'un jugement. Mais plus de précision serait désirable.

C. — Jugements.

Les juridictions répressives ont à l'égard de la recherche des preuves les droits les plus étendus ; elles peuvent ordonner toute perquisition, saisie, vérification qu'elles jugent utiles ; à cet égard encore, les intérêts du commerçant ont pour garantie la conscience du magistrat qui n'ordonnera une mesure contraire aux intérêts privés que si l'intérêt général l'exige. La seule limite du pouvoir d'une juridiction du jugement consiste en ceci qu'elle ne peut faire ce que la loi défend. De même que pour le juge d'instruction, rien n'est clos devant elle et les livres du commerçant sont entièrement à sa discrétion. Quoique ce principe ne soit nulle part inscrit dans nos Codes, il résulte incontestablement de l'esprit de la loi.

(1) Cassation, 11 décembre 1856, B. n° 392.

Le Président de la Cour d'assises, en vertu de son pouvoir discrétionnaire, peut personnellement faire « tout ce qu'il juge utile à la manifestation de la vérité ». Il peut à ce titre prendre toutes les mesures en quelque sorte intérieures : saisir une lettre produite par un témoin, par le défenseur ou l'accusé, ou parvenue à l'audience d'une façon quelconque et la joindre au dossier ; mais peut-il faire perquisitionner chez les particuliers, saisir chez eux leurs livres et les faire examiner ? dans le silence de la loi, nous sommes obligé de reconnaître qu'ici encore, le Président peut faire tout ce que la loi n'interdit pas ; donc puisqu'il n'y a pas d'interdiction formelle, il faut répondre par l'affirmative ; et c'est l'opinion de la jurisprudence.

On le voit : devant la justice répressive, le secret des affaires n'existe plus guère ; l'intérêt général écrase le droit privé de tout son poids ; du moins, il faut énergiquement défendre celui-ci dans les étroites limites où la loi l'a respecté ; c'est à la justice seule qu'il est sacrifié ; ce n'est point à des fonctionnaires administratifs ou judiciaires ; quand le commerçant voit devant lui des juges, il n'a qu'à s'incliner ; ceux entre les mains de qui la société a délégué le droit de punir peuvent rechercher partout les éléments qui leur permettront de remplir leur haute mission ; mais hors ce cas, les livres sont une propriété privée, sacrée et inviolable pour toute autre autorité.

SECTION II. — Justice civile et commerciale.

Les règles qui gouvernent le secret d'affaires devant la justice civile (au sens large du mot) diffèrent profondément de celles que nous venons d'indiquer ; la puissance

sociale est loin de déployer ici la même énergie pour rechercher la violation des droits et la réparer ; c'est qu'il ne s'agit plus d'un conflit entre la société et l'individu, mais de la lutte entre les droits individuels ; sans doute, la paix sociale est troublée par des violations du droit privé et au fond il n'existe point, entre ces procès et les procès criminels, de différence irréductible : ce qui explique que les législations primitives n'aient connu presque que des délits privés ; mais notre organisation moderne a nettement distingué deux justices ; si la puissance sociale descend elle-même dans l'arène, quand il s'agit d'un « délit pénal », elle se borne, quand il s'agit d'un conflit privé, à présider la lutte ; elle écoute les prétentions des parties, reçoit les preuves qu'on apporte dans les conditions réglées, dit enfin qui a raison et, si elle prête alors son appui au vainqueur, il semble que c'est plutôt pour l'empêcher d'abuser de son avantage que pour contraindre le vaincu. Reste de l'ancienne règle romaine qui, dans la période formulaire, faisait aboutir toute action à une condamnation pécuniaire, ou respect de la personne romaine, l'adage « *Nemo præcise ad factum cogi potest* » domine encore cette matière ; la justice pèsera sur la volonté de l'individu en le menaçant d'un mal plus grand, s'il n'exécute pas l'ordre reçu ; saisira-t-elle les livres chez le commerçant pour les porter au greffe ou les remettre à l'adversaire, ou se contentera-t-elle de le menacer d'une astreinte ou de lui faire craindre la perte de son procès ?

Nous avons peu de choses à dire en ce qui concerne la violation du secret d'affaires par voie de témoignage ; sans doute le commerçant peut, en cas d'enquête devant le tribunal civil, ou d'une façon plus large devant le tri-

bunal de commerce, être cité à comparaître et interrogé sur des faits dont il est intéressé à garder le secret ; les articles 263 et suivants du Code de procédure prévoient contre « le témoin défaillant » une amende de 100 francs au maximum et d'autres condamnations pécuniaires, d'ailleurs peu importantes. Mais ces sanctions sont-elles applicables au témoin qui, présent, refuse de parler ? Les auteurs sont d'accord pour attacher cette sanction au refus de prêter serment ; ils se séparent sur la question posée. MM. Boitard et Glasson soutiennent l'affirmative (1) ; il nous semble, en effet, que, si l'on admet l'amende contre celui qui refuse le serment, on est obligé de l'admettre contre celui qui refuse de le tenir ; pour nous, argumentant des termes de la loi, fort différents de ceux de l'article 80 du Code d'instruction criminelle, nous inclinons à ne pas plus admettre l'amende dans le premier cas que dans le second.

Cette question, d'ailleurs peu importante, écartée, nous nous trouvons en présence de la matière autrement considérable du secret des écrits relatifs au commerce ; elle est dominée par les articles 14 et 15 du Code de commerce qui instituent des règles spéciales en ce qui concerne les livres du commerçant, règles sur la nature, le sens et l'application desquelles on est loin d'être d'accord.

Tout le monde reconnaît du moins que ces règles dérogent au droit commun ; il nous semble donc impossible de les étudier isolément sans avoir exposé d'abord quel est le droit commun ; nous allons essayer d'établir les principes généraux de la loi civile ; nous trouverons

(1) *Sic* : Carré, q. 4036 ; Favard, t. 2, p. 364 ; Thomine-Demazures, p. 457 ; Boitard et Glasson, v. 2, p. 203. — *Contrà* : Dalloz : Chauveau.

peut-être dans cet examen des éléments qui nous fourniront quelques points d'appui dans la matière qui est principalement le sujet de cette étude ; et d'ailleurs le secret d'affaires peut se trouver renfermé autre part que dans les livres auxquels s'appliquent les articles 14 et 15 ; aux contrats, aux papiers d'affaires, distincts des livres mais dont ceux-ci quelquefois reproduisent les mentions, le droit commun seul reste applicable.

Quand et suivant quels modes la justice civile peut-elle ordonner une production de pièces pour aider à la solution d'un procès : telle est la question que nous abordons.

Le texte capital en la matière est l'article 188 du Code de procédure civile. « Les parties pourront respectivement demander, par un simple acte, communication des pièces employées contre elles, dans les trois jours où les dites pièces auront été signifiées ou employées. »

Cet article et les suivants établissent « l'exception de communication de pièces ». Tout plaideur, qui, pour soutenir sa prétention ou combattre celle de son adversaire, invoque un titre quelconque, doit verser cette pièce au procès, de façon qu'elle puisse être vérifiée, discutée par tous ; la loyauté du débat l'exige ; d'un passage d'une lettre on peut tirer un argument que la suite ou le début démentiraient. Il serait facile d'égarer la justice si on pouvait limiter la discussion à une ligne séparée de ce qui précède et de ce qui suit ; le bon sens et la loi sont d'accord pour interdire de pareils procédés. La partie à qui est opposée une pièce non communiquée réclamera dans le délai de 3 jours (d'ailleurs sans qu'il y ait déchéance absolue après ce temps) ; elle obtiendra un certain délai pour examiner la pièce en question, vérifier son

authenticité et sa portée; au cas où la communication serait refusée par l'adversaire les juges ne tiendront aucun compte du titre; ils ne peuvent appuyer leur conviction sur un écrit dont la discussion n'a pas été permise librement.

Quant à la manière de faire la communication, la partie qui la doit a le choix entre deux procédés (art. 189); s'il y a des avoués, les pièces pourront être remises sur simple récépissé; dans tous les cas, même en matière commerciale (Cass., 14 mai 1821), elles peuvent être déposées au greffe du tribunal, où elles seront consultées sans déplacement.

Un autre texte doit être signalé, c'est l'article 846 du Code de procédure civile qui s'occupe du « compulsoire ». On désigne ainsi une procédure qui tend à obtenir par ordre de la justice communication d'un acte authentique dans lequel on n'a point été partie. Le répertoire de Dalloz pose fort exactement les principes sur ce point; il montre la différence considérable qui sépare l'acte public, opposable à tous, de l'acte sous seing privé; nous nous faisons un plaisir de le citer ici intégralement, car les idées qu'il expose nous serviront précisément à combattre la théorie que le même auteur soutient ailleurs à la suite de la jurisprudence :

« Les actes sous seing privé appartiennent exclusivement aux parties dont ils émanent; ils contiennent le secret de leurs affaires particulières. Personne n'a le droit d'en prendre connaissance. Il n'en est pas de même des actes authentiques. » De ceux-ci les uns sont publics et connus de tous; les autres sont opposables à tout le monde; ils sont rédigés sous la garantie des officiers publics pour fixer des points de fait ou des liens de droit; la justice peut en ordonner la communication.

« Le principe fondamental que la voie du compulsoire n'est ouverte que pour les actes reçus par les officiers publics, existant dans les dépôts publics, a été consacré en plusieurs circonstances et notamment il a été jugé : 1° que les livres et registres des particuliers qui ne sont ni notaires, ni officiers publics formant leur propriété privée, personne n'a le droit d'en pénétrer le secret (Rennes, 21 juin 1811). »

Plus loin, enfin :

« Pour rechercher un acte déposé chez un simple particulier il faudrait procéder contre lui par voie de contrainte personnelle ou de perquisitions à domicile. Des mesures aussi rigoureuses portant atteinte à la liberté individuelle et à la protection des foyers domestiques ne peuvent être exercées qu'en vertu d'une loi expresse. D'ailleurs, comme nous l'avons dit plus haut, on doit tenir pour constant que les actes privés sont une propriété exclusive et aussi sacrée que toute autre.

« Ajoutons encore que, puisqu'une partie engagée dans une instance ne peut contraindre la partie adverse à lui donner communication de titres non employés contre elle, à plus forte raison ne peut-elle forcer un tiers contre lequel elle n'a aucun droit, etc. »

Ce dernier passage nous amène tout naturellement à une difficulté qui nous semble avoir une grande importance.

Nous venons de poser deux principes certains : toute pièce employée doit être communiquée ; le compulsoire ne s'applique qu'aux actes déposés chez des officiers publics. En dehors de ces cas, la justice peut-elle ordonner la communication d'un acte privé ?

Nous devons d'abord écarter une hypothèse où la

solution affirmative est certaine : il s'agit du cas où le titre en litige est commun aux deux parties, par exemple un acte de partage ; il en est ainsi pour tout acte dont une partie qui y a concouru n'a pas ou n'a plus entre les mains d'exemplaire ; elle peut réclamer de son adversaire la communication ; tous les auteurs sont dans ce sens ; c'est également la seule portée qu'on puisse attribuer à un arrêt de Dijon du 29 novembre 1876 (D. 77.2.94) confirmant un jugement de Chalon-sur-Saône (1), que l'on cite d'ordinaire à l'appui d'une solution toute différente. Nous aurons à nous occuper dans un chapitre suivant de ce genre de questions : il s'agit en effet alors non pas du droit pour la justice de procéder à une instruction, mais du droit préexistant et principal d'un particulier ; c'est un droit de copropriété sur l'acte ou un droit personnel à en exiger la production, en dehors même de tout procès, qui résulte d'un contrat ou d'un quasi-contrat ; ici nous nous occupons d'une hypothèse fort différente ; en dehors de tout droit préexistant à connaître l'acte ou à en exiger production, la justice peut-elle, sur la demande d'un plaideur ou d'office, à titre d'instruction, ordonner communication d'une pièce non employée ?

Un certain nombre d'auteurs et de décisions n'hésitent pas à répondre affirmativement (2).

Ils déclarent d'abord que l'article 188 n'est pas limitatif ; si l'on entend par là qu'il n'interdit point ce qu'il n'ordonne point, soit ; mais il est impossible de l'étendre au delà de ses termes et de l'invoquer en faveur d'une

(1) Voir de même, décision dérivant d'un principe analogue, Paris, 15 mars 1850, D. 51.2.123.

(2) Carré, quest. 788 ; Bioche, *Dict.* ; Favard, *Rép.*, Exception, n° 5 ; Dalloz, *C. pr. civile*, art. 188 ; *Rép.*, Exception, 501 et s. ; Laurent, *Princ. Dr. civil* ; Bonnier, *Des preuves*, II, 746 ; Toullier et Duvergier, V, n° 10.

solution extensive ; non seulement il ne parle que des « pièces employées contre elle », mais encore il fixe un délai de 3 jours à partir de la signification ou de l'emploi des pièces en question. Il est donc malaisé de l'appliquer à des pièces dont non seulement on ne fait pas emploi, mais dont peut-être on nie l'existence.

Le Tribunal civil d'Auxerre a, dans un jugement du 27 août 1880, nettement posé le principe, en refusant une communication en ces termes :

« Attendu que, s'il est de principe que, au cours d'une instance, les parties peuvent respectivement demander la communication des pièces du procès, il faut, aux termes de l'article 188, que ces pièces soient employées contre elles... »

Il fallait cependant un texte pour permettre, dans un intérêt particulier, de violer cette propriété sacrée des actes privés que M. Dalloz proclamait tout à l'heure et qu'il méprise si agréablement ici ; quelques auteurs ont cru le trouver dans l'article 480, alinéa 10, qui admet la requête civile « si depuis le jugement, il a été recouvré des pièces décisives et qui avaient été retenues par le fait de la partie ». Puisqu'une partie qui a perdu son procès fait tomber le jugement par ce seul fait qu'elle n'a pu se servir de pièces décisives que son adversaire avait entre les mains, à plus forte raison, dit-on, pourra-t-elle en exiger la production avant l'arrêt ? Il suffit de lire l'article pour voir combien ce raisonnement est peu fondé. La loi dit que l'on a « recouvré » des pièces « retenues », c'est-à-dire que les pièces en question appartenaient à la partie même qui en était privée, tout au moins qu'elle avait droit à les avoir et à s'en servir. Nous retombons donc dans l'hypothèse que nous avons écartée ; en un mot, il est

impossible, parce que la loi permet d'attaquer un jugement surpris par le dol d'une partie qui a gardé une pièce qu'elle devait montrer, d'en conclure que cette partie peut être obligée de livrer toute pièce qu'on lui demande !

Donc, aucun texte ne permet d'ordonner la communication ; la question n'est pas jugée pour cela ; elle s'élève et devient plus intéressante. En effet, les partisans de l'affirmative invoquent une idée générale : le droit de la justice. Pour établir la vérité, pour faire triompher le droit la justice peut ordonner tous actes d'instruction ; elle jouit d'un pouvoir souverain pour préparer et former sa conviction, pourvu qu'elle ne contrevienne à aucune loi ; il serait inique de faire gagner son procès à un plaideur qui, au su de tous, a entre les mains une pièce dont la production éclairerait le débat et prouverait à l'évidence le mal fondé de ses prétentions ! La jurisprudence ne pouvait qu'adopter un système si favorable à l'extension des droits du juge ; elle l'a fait en France avec quelque hésitation et beaucoup de précautions ; si le jugement de Chalon-sur-Saône cité plus haut prenait parti, la Cour de Dijon a soigneusement évité de statuer sur la question ; la Cour de Paris dans un arrêt du 29 juillet 1882 confirmant le jugement cité d'Auxerre, va un peu plus loin :

« La Cour, considérant qu'en principe l'article 188 donne aux parties le droit de demander communication des pièces employées contre elles dans le litige qui est pendant ; que si, *malgré cette disposition limitative*, il a été admis que, dans l'intérêt de la manifestation de la vérité, les tribunaux pouvaient ordonner la production d'autres pièces qui n'étaient ni signifiées, ni employées dans la cause, ils ne doivent user de ce pouvoir qu'avec une grande réserve et qu'autant que la partie qui réclame l'ap-

port des dites pièces, en détermine la nature avec une suffisante précision, établit leur existence entre les mains de l'adversaire et justifie en outre de motifs réels et sérieux pour qu'elles soient mises au procès ; considérant qu'il n'en est point ainsi dans l'espèce... » Mêmes précautions dans un arrêt de Gand (17 décembre 1833) :

« Considérant qu'il est de principe : 1° que c'est à celui qui fait une demande à fournir ses preuves et non pas au défendeur à en produire contre lui-même ; 2° qu'il ne doit pas être permis à un tiers de s'immiscer dans les titres qui forment la propriété exclusive de celui et de ceux que les titres concernent ;

Considérant que si ces règles générales fondées sur la justice et la saine raison et écrites en termes formels dans la loi 4 du Code *De edendo* pouvaient admettre une exception, ce ne serait que dans le cas où, la demande paraissant déjà appuyée de présomptions plus ou moins fortes, la production des titres du défendeur serait indispensable pour que le juge pût statuer en parfaite connaissance de cause sur les contestations qui lui sont soumises ; considérant qu'il n'en est pas ainsi dans l'espèce... »

Mais l'arrêt de principe sur la question est un arrêt de Bruxelles, 15 juin 1822 (D. *Rép.*, V. 23, p. 176) dont il suffit de donner le texte pour qu'on juge de la faiblesse des motifs :

« Attendu que le Code de procédure ne détermine pas d'une manière exclusive quelles sont les pièces dont il est libre à la partie de demander la communication et que, bien qu'il soit de règle d'après le droit romain que personne ne peut être tenu de produire des titres contre lui-même, la raison et l'équité concourent pour faire

admettre avec divers commentateurs que cette règle n'est pas d'une application absolue contre celui qui se trouve être défendeur dans un procès, tant à cause de la faveur attachée à la défense, que parce qu'il importe à la justice de savoir si le demandeur, en produisant des titres utiles à sa demande, n'en cache point qui pourraient la détruire ; alors surtout qu'il ne conteste pas qu'il résulterait de la communication demandée soit un préjudice quelconque pour le demandeur, soit d'autres inconvénients particuliers et que... ; attendu qu'en appliquant ces principes à la demande en communication, il s'ensuit que, puisque cette demande ne porte pas généralement sur tous les livres de la maison Hamelinck, mais qu'elle est restreinte aux livres, notices, lettres et autres pièces et documents ayant trait à l'opération qui forme la base de l'action, puisque la représentation de ces pièces, *s'il en existe*, peut être de la dernière importance pour la découverte de la vérité et qu'il est difficile de croire que les recherches à faire à cet égard présenteraient de grandes difficultés... qu'enfin la cause est majeure sous le rapport des intérêts pécuniaires et qu'il s'y agit d'une affaire de commerce dans laquelle il doit être donné une grande latitude pour les moyens de preuve ; que le premier juge a donc appliqué à tort dans l'espèce la règle *Nemo contra se* ; par ces motifs, met à néant... ordonne la communication. »

On le voit, c'est toujours à l'équité, à la faveur de la défense, au non-préjudice que la Cour s'adresse pour justifier sa thèse. Ces raisons n'en sont pas ; si l'affirmative est admise, elle s'appliquera aussi bien au défendeur qu'au demandeur, en matière civile comme en matière commerciale ; et en ce qui concerne le préjudice,

l'appréciation de la Cour nous semble peu concluante : il s'agit, en effet, de savoir s'il y a ou non droit pour la justice, et non de savoir si l'exercice de ce pouvoir préjudiciera ou non à quelqu'un.

Le système en question rencontre devant lui la règle : « *Nemo tenetur edere contrà se* » ; il ne suffit pas que cette formule existe en droit romain (voir aussi la loi 7 au Code *De Test.*, IV-XX) pour qu'elle s'impose ; mais elle repose incontestablement sur les plus simples notions de raison et de justice. C'est à celui qui forme une demande de la justifier ; c'est à celui qu'on attaque injustement de se défendre ; on ne peut raisonnablement exiger d'un plaideur qu'il fournisse des armes à son adversaire. Le procès est un conflit privé ; la justice veille à ce que tout se passe au grand jour, à ce qu'il n'y ait point de surprise ou de guet-apens ; elle ne doit pas intervenir dans la lutte à peine de la rendre inégale ; et en effet il arrive souvent, sinon toujours, que les deux plaideurs possèdent chacun des pièces qui pourraient servir à l'adversaire et paraîtraient plus ou moins venir à l'appui de sa prétention ; chacun les garde pour soi ; mais que, par une circonstance fortuite, l'existence de quelque une soit connue ou seulement probable, le tribunal va en ordonner l'apport, et voilà l'égalité détruite, voilà la solution du procès livrée à un hasard, voilà, disons le mot, la propriété incontestée d'un écrit livrée à l'arbitraire des tribunaux.

Nous ne voyons pas en effet quel principe ou quel texte légal la jurisprudence peut invoquer pour violer le droit certain d'un particulier sur l'acte qui est sa propriété ; en ce qui concerne les livres de commerce il a fallu un texte de loi qui, bien que justifié par les raisons

spéciales que nous verrons, a encore pris des précautions ; et ici, simplement en vertu d'un prétendu pouvoir discrétionnaire dont il n'existe aucune trace dans la loi, la justice civile, à l'instar de la justice criminelle qui, elle, agit dans l'intérêt public, et invoque à bon droit des textes formels, pénétrerait dans les secrets privés et forcerait le plaideur ou même une personne hors de cause à lui faire connaître ce qui peut être utile aux intérêts d'une partie quand celle-ci n'a pas su s'assurer les preuves de ses droits.

Et la Cour de Rennes a en effet décidé dans un arrêt du 7 avril 1808 que le tribunal pouvait faire apporter toutes pièces utiles en quelque lieu qu'elles soient déposées, à condition de préciser ; la partie est autorisée à faire à cet égard toutes perquisitions convenables, en présence des adversaires et du dépositaire (*Sic* : Despeisse, dans l'ancien droit, t. 2, p. 530, Serpillon, p. 119).

M. Dalloz (ou son collaborateur) oublie le passage cité plus haut pour approuver cette décision ; il admet qu'un tiers pourrait être condamné à des dommages-intérêts pour refus de communiquer une pièce utile à la solution d'un procès où il ne figure pas, si le tribunal estime qu'il n'y aurait pas eu de préjudice pour lui à le faire ; nous maintenons qu'il ne s'agit pas du préjudice possible mais d'un droit de propriété auquel on ne peut toucher ; et M. Carré fait de même tout en maintenant avec énergie la règle *Nemo*... M. Chauveau insinue non sans raison qu'il n'en reste alors pas grand'chose.

Voilà donc les perquisitions privées après jugement civil ! Nous ne croyons pas utile de combattre cette décision, si peu conforme à l'état de notre droit. D'ordinaire le tribunal se bornera à faire perdre son procès à

la partie qui a désobéi à l'injonction souveraine qu'elle a reçue ; évidemment celle-ci agit à ses risques et périls ; mais nous croyons que la décision motivée sur ce fait encourait la cassation. Il est à souhaiter que les tribunaux s'aperçoivent qu'ils sont faits pour appliquer les règles légales aux situations de fait qu'on leur expose et que leur pouvoir est strictement limité par les droits des parties auxquels ils ne peuvent porter atteinte hors les cas prévus par la loi ; l'arbitraire des tribunaux est pire que la plus mauvaise loi, il constitue pour la liberté individuelle le plus grand péril.

MM. Demolombe (XXIX, n° 209), Aubry et Rau (t. 8, n° 758 et note), examinant la question qui est un cas particulier de la nôtre (art. 1331, preuve par les registres domestiques) condamnent implicitement la théorie que nous combattons. Comparez Garsonnet, *Procédure*, II, p. 314 et 437 ; en notre sens, Requête, 2 février 1837 (D. *Obl.*, 4.764) et Rennes, 31 mars 1849 (D. 50.5.388) qui déclarent nettement qu'on ne saurait obliger un non-commerçant à produire les registres qu'il tient (1).

Notre conclusion est donc celle-ci : hors le cas d'un droit direct (réel ou personnel) du plaideur, le tribunal civil ou commercial ne peut ordonner l'apport et la communication de pièces privées, non signifiées ou employées au procès par leur possesseur. Ce principe qui, on le voit,

(1) Encore en notre sens : Caen, 22 mai 1852, *Rec. arrêts Caen et Rouen*, 52.1.254 ; Alger, 30 janvier 1871, *J. des Avocats*, 1872, p. 68 ; Bordeaux 13 août 1875, *J. arr. Bordeaux*, 1875, p. 300 ; Trib. comm. Seine, 17 janvier 1883, *J. des trib. de comm.*, 1883, p. 461. V. appendice C. allemand.

Contrà : Merlin, *Compulsoire*, n° 2 ; Toullier, VIII, 404 ; Duranton, XIII, 210 et avec certaines réserves : Cass., 17 juin 1879, S. 81.1.116 ; Paris, 29 juillet 1882, S.82.2.223 ; Cass., grand-duché de Luxembourg, 4 juin 1886, *J. des Avocats*, 1886, p. 983.

est contraire à celui que nous avons dégagé en matière criminelle, souffre une exception dans le cas des articles 14 et 15 du Code de commerce.

**Exception apportée par les articles 14 et 15
du Code de commerce.**

On sait en effet pourquoi la loi a imposé au commerçant l'obligation de tenir des livres de commerce : on est d'accord pour attribuer à ces registres une triple utilité. D'abord ils permettent au chef de maison de connaître à tout instant l'état de ses affaires et d'opérer en conséquence, sans s'exposer à des surprises funestes ; d'autre part, en cas de cessation de paiements, ils permettront de connaître les causes de la crise et sa gravité. Enfin et surtout ils serviront à constater les contrats passés que le commerce n'a pas l'habitude de rédiger sur des titres spéciaux et serviront ainsi de moyens de preuve soit contre celui qui les tient, soit en sa faveur. Ce but ne pouvait être atteint si la loi maintenait pour les livres de commerce la solution que nous avons indiquée plus haut ; le commerçant ne montrant ses livres que s'il lui plaisait de le faire, on n'aurait jamais pu en tirer de preuve contre lui ; dès lors les livres manquaient leur but essentiel. Le Code de commerce a donc formellement dérogé au droit commun ; deux articles autorisent les tribunaux à empiéter sur le secret d'affaires et à faire ouvrir les livres de commerce.

Suivant les cas, la loi distingue deux modes de recherche : la *communication* et la *représentation*. Le premier exceptionnel, permis dans certains cas ; l'autre, nous le verrons, toujours facultatif et ouvert au juge. Malheureusement la loi n'a défini ni l'un ni l'autre de ces procédés et il est fort difficile de le faire à sa place.

Après quelques considérations générales nous rechercherons successivement :

A. — Dans quels cas peut-il y avoir communication ; dans quels cas représentation ?

B. — Comment procède-t-on à l'une et à l'autre ?

C. — A quels registres s'appliquent ces deux productions ?

D. — Sanction du jugement qui les ordonne.

Remarquons d'abord que nous n'avons pas à nous occuper de la production volontaire faite par le commerçant qui prétend tirer de ses livres une preuve en faveur de sa prétention ; par exemple il établit son droit de propriété sur une lettre de change perdue au moyen des énonciations de son registre ; cet acte volontaire ne rentre pas dans notre sujet : le commerçant renonce de lui-même au secret. En droit strict il doit communiquer ses livres, selon les exigences de l'article 188 du Code de procédure civile ; cette solution nous paraît fort rigoureuse et nous l'écartons, en invoquant les termes de l'article 10 du titre 3 de l'ordonnance de 1673 qu'on lira ci-dessous et dont le Code a emprunté le plus souvent la lettre et l'esprit. Nous n'avons à étudier que la production ordonnée par le juge ou requise par l'autre partie (art. 17) comme moyen de preuve au cours d'un procès ; de cette hypothèse nous distinguons avec soin l'obligation analogue qui peut dériver pour un commerçant d'une façon accessoire d'un contrat ou de tout autre fait ; ainsi je contracte une société avec Paul ; il est évident que Paul a, par ce fait seul, droit de voir les livres que j'ai tiens dans notre commerce commun ; de même si une clause formelle d'une convention commerciale réserve à l'un des contractants le droit d'examiner les livres de

l'autre : en ces cas, indépendamment de tout procès, de toute prétention distincte, il y a un droit qui, sans doute, s'exercera en justice ; mais le tribunal saisi n'aura qu'à constater l'existence du contrat et sa force obligatoire ; il *devra* dès lors ordonner son exécution ; en quels cas cette convention devra être considérée comme tacite et quels seront ses effets, ce sera, nous l'avons dit, une étude spéciale. Il s'agit, en l'absence de droit de cette nature, du pouvoir de faire verser en un procès les livres à titre de preuves. Cette distinction n'apparaît point dans le Code ; l'article 14 nous paraît au contraire faciliter une confusion, ainsi que nous essayerons de le montrer plus loin.

Historique. — Cet article a été copié par le Code sur l'ordonnance de mars 1673 ; jusqu'à cette date il n'y avait point d'obligation légale de tenir ses livres pour le commerçant ; en fait ces livres existaient ; mais telle est l'importance pratique du secret d'affaires que souvent on en niait l'existence pour empêcher les tribunaux d'ordonner la communication, comme ils le faisaient arbitrairement ; l'ordonnance de 1673, en imposant l'obligation rigoureuse qu'a reproduite l'article 8 du Code de commerce et en la sanctionnant par des peines extrêmement sévères, a pris des précautions, a donné des garanties ; Savary dit à ce sujet (*Parfait négociant*, t. II, p. 220) :

« Il faut remarquer que, quand un négociant demandait en justice à un autre la représentation de ses registres pour prendre droit par iceux, que souvent celui à qui elle était demandée, alléguait n'avoir point tenu de registres, quoiqu'il en eût, afin qu'étant déposés au greffe, l'on ne pût voir ses autres affaires, parce qu'il en était arrivé plusieurs inconvénients ; et en effet il n'est pas juste qu'un

négociant, qui demande à un autre la représentation de ses livres pour justifier sa demande ou sa défense, ait connaissance des autres choses qui sont écrites dans iceux qui ne le regardent pas ; c'est pourquoi l'ordonnance pourvoit à cet abus par les articles 9 et 10 dudit titre III, dont le premier porte que « la représentation ou communication des livres, journaux, registres ou inventaires ne pourra être requise ni ordonnée en justice, sinon pour succession, communauté et partage de société, en cas de faillite » et le dixième porte que « au cas qu'un négociant voulût se servir de ses livres-journaux, ou registres, ou que la partie offrit d'y ajouter foi, la représentation pourra être ordonnée pour extraire ce qui concerne le différend. »

L'ordonnance enlève donc au plaideur la possibilité de déclarer qu'il ne tient point de livres ; mais en revanche elle interdit  d'en ordonner la production ; elle proclame par  le droit du négociant sur ses livres ; le droit au secret qui est la base de cette étude ne résulte donc pas seulement du droit commun ; il est implicitement reconnu par l'ordonnance de 1673, reproduite textuellement sur ce point par le Code civil.

Au principe l'ordonnance ajoutait de suite quatre exceptions ; nous les retrouverons identiques dans notre Code. D'autre part un mode spécial de production, transaction entre le besoin de secret et l'utilité de la preuve : la représentation, est à la disposition du juge en deux cas seulement : si le commerçant veut se servir de ses propres livres, ou si l'adversaire offre d'y ajouter foi, s'en rapporte aux énonciations qu'ils contiennent.

Hors ces cas, pas de production exigée. On voit que le secret d'affaires était respecté d'une façon très complète. Aujourd'hui les mêmes dangers qui imposaient

alors ce respect existent encore ; ils sont devenus plus graves et plus pressants.

En effet, d'une part, la vie commerciale devient de jour en jour plus complexe ; l'organisme qui, il y a un siècle, était relativement simple, s'est perfectionné, il vit d'une existence autrement mouvementée ; les relations d'affaires s'entrecroisent, les marchés communiquent plus facilement ; avec la liberté du commerce et de l'industrie, la libre concurrence chaque jour plus dure, la fondation de grands magasins, l'usage continu des contrats de crédit, la circulation des capitaux, enfin avec toutes les conséquences de notre état de civilisation, la prospérité d'une maison dépend d'une foule de facteurs nouveaux : le mécanisme plus compliqué est aussi plus délicat ; il a plus que jamais besoin d'être abrité contre les atteintes de l'extérieur.

D'autre part depuis l'édit de 1563 qui a institué la juridiction consulaire à Paris et l'ordonnance de 1673 qui a déclaré « cet édit commun à tous les sièges du royaume » les tribunaux de commerce sont considérablement développés ; il y en a aujourd'hui 225 en France. Or s'il y a un inconvénient à ce que des magistrats, personnellement désintéressés et habitués par leurs fonctions à manier des secrets considérables avec une absolue discrétion, puissent fouiller à leur guise dans les affaires d'un particulier, que dira-t-on lorsque ces magistrats seront remplacés par des commerçants, concurrents des parties, temporaires, élus et qui continuent à faire le commerce en même temps qu'ils jugent ? Lorsque se présente à leur barre un négociant avec lequel quelques-uns des juges luttent dans la vie commerciale, nous ne voulons pas douter de leur impartialité, mais on voit de suite le danger

qu'il y a à abandonner à leur arbitraire le secret des livres. Oublieront-ils le lendemain dans leurs bureaux ce qu'ils ont appris dans leurs fonctions : l'apparente solidité de telle maison, les livres leur ont appris qu'elle était trompeuse ?

Telle clientèle, on pourrait la séduire et la prendre pour soi en lui offrant quelques avantages sur les conditions qu'on sait maintenant lui être faites ?

Nous avons donc le droit de dire qu'aujourd'hui le secret des livres a besoin de plus de garanties que jamais. Nous verrons qu'en réalité il en existe fort peu : droit presque absolu d'investigation pour le juge : voilà à quoi aboutit le système de la loi.

Et encore est-il fort difficile de dégager ce système : car des quatre questions que nous avons posées le Code ne résout nettement aucune ; les deux premières surtout (à qui la production est-elle due ? comment se fait-elle ?) restent fort obscures ; il y a là un véritable problème à plusieurs inconnues : suivant l'idée qu'on se fait de la communication, elle sera due ou non à telle catégorie de personnes ; mais aussi suivant qu'on l'admettra ou la refusera à ces personnes, l'idée qu'on devra s'en faire varier. On a donc pris l'habitude de trancher par simple affirmation l'une des questions et de se servir de la solution posée pour résoudre l'autre.

Nous allons les analyser dans l'ordre que nous indiquons, quoique l'ordre inverse paraisse d'abord plus logique ; voici pourquoi : si la loi a donné quelques indications sur les cas où elle admet la communication ou la représentation, elle n'a pas dit un mot sur la définition des modes de procéder ; par suite, en examinant immédiatement cette dernière question, on ne peut que présen-

ter une théorie personnelle, à laquelle tout fondement juridique ferait défaut ; le premier point, au contraire, nous semble trouver dans la loi les éléments de la discussion.

A. — *En quels cas la communication peut-elle être ordonnée ?*
En quels cas la représentation ?

Il est certain que la remise à l'adversaire des registres pour qu'il les examine en entier est une communication ; d'autre part, l'exhibition au juge ou à l'expert d'une feuille du livre dont le commerçant ne se dessaisit pas est une représentation. Entre les deux, beaucoup de situations intermédiaires sur le caractère desquelles il y aura discussion. Mais, pour le moment, cette distinction nous suffit.

Deux règles opposées régissent ces deux modes de production. L'article 14 pour la communication : l'article 15 pour la représentation.

1° *Communication*. — « La communication des livres et inventaires ne peut être ordonnée en justice que dans les affaires de succession, communauté, partage de société et en cas de faillite. »

L'article 14 reproduit ainsi le texte de l'ordonnance de 1673.

Un certain nombre d'auteurs (Bédarride, I, p. 416 et s.) n'hésitent pas à expliquer notre disposition de la manière suivante : tant que le commerce dure, il y a intérêt manifeste pour le négociant à garder secrètes ses opérations ; dans ce cas la communication est impossible ; mais que par décès, dissolution de société, faillite, le commerce vienne à cesser, l'intérêt tombe ; l'organisme s'arrête, le mécanisme cesse de fonctionner, on peut le démonter

sans danger : les indiscretions ne nuiront plus à personne ; tels sont les cas où la loi déroge à son système général de protection.

Cette idée nous semble inexacte : en effet, dans les deux premiers cas de l'article 14 il est faux de dire qu'il y a cessation de commerce : parce que le commerçant est mort ou a perdu sa femme ou a divorcé, où voit-on que l'exploitation de la maison ait pris fin ? En quoi ces événements impliquent-ils nécessairement la chute de l'établissement ? Le négociant lui-même ou son successeur, suivant le cas, ne conserve-t-il pas le même intérêt et le même droit au secret ? Dans le troisième cas, il est difficile de ne pas admettre que la communication est tout aussi permise pendant la durée d'une société qu'au moment de la liquidation, bien que la loi n'ait prévu que l'hypothèse la plus fréquente.

Donc ce n'est pas là le fondement de l'article 14 ; sans doute le fait de la cessation de commerce peut rendre la communication des livres moins dangereuse ; il n'en est pas plus la condition que le motif ; ceci n'est pas une affaire de mots ; car si l'on admettait la théorie que nous écartons, il faudrait reconnaître que l'article 14 peut être invoqué par toute personne chaque fois que la contestation intéresse un partage de société ou une faillite par exemple. Or les principales difficultés qui résultent de notre article sont précisément de savoir par qui il peut être invoqué.

Les personnes qui peuvent avoir cette prétention forment deux catégories : d'une part les héritiers, légataires universels ou à titre universel — le conjoint ou ses héritiers, le communiste — l'associé ou ses héritiers. Ceux-là ont incontestablement droit à la communication ; ce

n'est point d'ailleurs l'article 14 qui leur attribue ce droit; ils l'auraient quand même l'article n'existerait point parce qu'ils le puisent dans leur qualité même de copropriétaires; ils ont sur les livres un droit réel, direct qui leur permet d'en exiger la connaissance. Dès lors l'examen de leurs droits doit être réservé pour une autre partie de cette étude et nous nous occuperons d'eux quand nous nous demanderons, suivant la distinction que nous avons posée, qui peut, en dehors de l'intérêt de la justice, compulser en tout ou en partie les registres du commerçant.

Il faut leur adjoindre l'administrateur, le liquidateur, le syndic de faillite qui puisent dans leur mission le droit de consulter les livres; chargés d'administrer ou de liquider, la loi leur a reconnu forcément les pouvoirs nécessaires pour remplir leurs fonctions; l'article 14 qui s'occupe de la preuve en justice ne modifie point leur situation.

D'autre part, nous rencontrons des personnes qui n'ont point de droit antérieur et il s'agit de savoir si l'article 14 leur a conféré un droit nouveau, exceptionnel; ce sont les légataires particuliers, les créanciers de la succession, de la société ou de la faillite. Ces personnes ne sont à aucun degré (quoique Bédarride dise le contraire des créanciers du failli par une erreur certaine) copropriétaires du fonds de commerce ni des livres; l'article 14 a-t-il eu pour but et pour effet de transformer leur situation et, par une prescription légale, de leur permettre d'intervenir dans les affaires d'autrui? Le texte de l'article 14 répugne évidemment à cette interprétation; on ne saurait la donner que par un argument *a contrario* et l'on sait ce que valent ces sortes d'arguments; com-

ment, de ce que la loi défend une mesure dans certains cas, conclure qu'elle l'autorise toujours dans les autres, à la discrétion du juge ?

Il est impossible d'assimiler, sans un texte formel, des gens qui n'ont aucun droit à des copropriétaires : un associé et un tiers se présenteraient dans la même posture devant la justice. L'article 14 ne faisant d'ailleurs aucune distinction, si on l'entendait ainsi, il faudrait l'appliquer sans distinguer : dès qu'une des situations qu'il prévoit existe, il y aurait droit pour le tribunal à ordonner communication ; les distinctions que nos adversaires veulent introduire sont entièrement arbitraires : créanciers d'un divorcé ou d'une succession, légataire particulier, créancier d'une société en nom collectif qui se dissout : leur situation serait identique. C'est un bouleversement complet.

Quelle idée d'ailleurs pourrait expliquer ce bouleversement ? Ce n'est pas, nous l'avons vu, la cessation du commerce. Voici un légataire particulier dont on veut réduire le legs ? On aperçoit bien l'intérêt qu'il a à se faire présenter les livres de commerce ; mais il ne suffit pas d'un intérêt pour fonder un droit. Voici un créancier de faillite qui a perdu son titre de créance ? En vertu de quelle idée peut-il compulsier les livres et y chercher à son gré, avec la preuve problématique de ses droits, des renseignements qui lui seront personnellement utiles ? Il est impossible d'apercevoir une idée générale à la base de l'article 14 ainsi conçu ; il semblerait fait pour régir certains cas particuliers, sans autre lien entre eux que la fantaisie du législateur (*Contrà* : Bédarride ; Lyon-Caen et Renault, I, 291 et s.).

Mais, nous objectera-t-on, l'article 14, restreint aux

limites que vous lui assignez, ne signifie plus rien ; il est inutile, puisqu'il n'ajoute rien à ce qui existait. Cette objection ne porte pas ; en effet, l'article 14 n'est pas autre chose que la reproduction littérale de l'ordonnance de 1873 ; il a le même sens qu'elle. Celle-ci venait poser une limite à l'arbitraire du juge ; elle avait un sens nettement prohibitif : au point que nos adversaires eux-mêmes proclament l'interprétation strictement restrictive (V. notamment, Caen, 28 avril 1874, D. 76.2.179 ; Paris, 2 mai 1874, D. 77.2.45 et une foule de décisions de jurisprudence). La rédaction de l'article 14 est défectueuse ; il fallait dire que la communication était autorisée seulement vis-à-vis de ceux qui avaient, avant de se présenter à la justice, droit à l'obtenir en vertu de la copropriété, de la convention ou de toute autre cause ; elle est interdite comme mesure d'instruction ; dans ce cas, quand il s'agit d'éclairer la justice, de justifier sa prétention ou de combattre celle de l'adversaire, le plaideur a une ressource, celle de la représentation.

Dès lors nous n'avons pas à discuter ici les questions que l'article 14 soulève d'ordinaire dans la doctrine et la jurisprudence (actionnaires, commis intéressés, participation aux bénéfices) et nous les retrouvons plus tard. Un seul point à indiquer : la doctrine et la jurisprudence déclarent à l'envi la communication facultative pour les tribunaux (Ruben de Couder, Boistel, Aubry et Rau ; Cassation, 28 décembre 1827, D. 28.1.63 ; Cassation, 12 juillet 1875, S. 75.1.360 ; Paris, 28 novembre 1891, D. 92.2.78). Il faut s'entendre ; sans doute la demande en communication se produira d'ordinaire d'une façon incidente, au cours d'un procès ; rien ne saurait empêcher le juge de déclarer cette recherche inutile à la solu-

tion du litige et de juger au fond en rejetant la demande comme destinée seulement à retarder la décision ; mais, et nous aurons à y revenir, il n'en serait pas de même quand une instance tendra directement à obtenir la communication elle-même ; le tribunal ne peut alors que constater le droit existant, l'intérêt qui justifie l'action et adjuger les conclusions prises ; sinon sa décision encourrait la cassation.

Nous résumons d'un mot cette doctrine : la communication de l'article 14 n'est jamais une mesure, une recherche commandée par l'intérêt de la vérité, les besoins de la justice, c'est l'exercice d'un droit préexistant.

2° *Représentation*. — Bien différentes sont les règles en matière de représentation. L'article 15 décide :

« Dans le cours d'une contestation la représentation des livres peut être ordonnée par le juge même d'office, à l'effet d'en extraire ce qui concerne le différend. »

Le principe est formellement posé ; le juge jouit à cet égard du plus large pouvoir d'appréciation ; dès que la représentation lui paraît utile, il l'ordonne alors même que personne ne l'a demandée ; la représentation est une mesure d'instruction dont la justice dispose ; à elle de savoir s'il convient ou non de l'employer.

Dans l'ordonnance de 1673, la règle était différente ; alors le juge ne pouvait ordonner la représentation que si elle était demandée par la partie adverse ; et pour former cette demande, il fallait offrir de s'en rapporter aux registres ; la production de ceux-ci tranchait le débat, décidait de l'issue du procès. On conçoit que la représentation était dans ces conditions rarement requise et ordonnée.

Le Code abandonne ce système ; désormais les livres

dont l'apport est ordonné sont un des éléments du débat et (sauf le cas de l'article 17) n'ont point d'effet absolu ; d'autre part, non seulement il n'est pas besoin de s'en rapporter à eux mais encore le juge peut en ordonner la représentation sans qu'elle soit demandée ; que la représentation soit ou non réclamée, il jouit d'un pouvoir discrétionnaire qui échappe à l'appréciation de la Cour de cassation. Tous les auteurs et la jurisprudence sont d'accord pour affirmer ce principe.

Voir notamment : Alauzet, t. 1, n° 74 ; Bédarride, t. 1, n° 310 ; Bonnier, t. 2, n° 773 ; Massé, t. 4, n° 2499 ; Lyon-Caen et Renault, en jurisprudence décisions innombrables.

Cassation : 20 août 1818, 12 décembre 1827, 4 février 1848, 10 décembre 1862 (D. 64.1.130), 25 mars 1873 (D. 75.1.28), 10 août 1875 (D. 77.1.110) ; Paris, 2 mai 1874 (D. 77.2.45).

Cette représentation peut d'ailleurs être ordonnée pour la première fois en appel (Rouen, 30 nov. 1878, D. 79.2.87).

Ce pouvoir discrétionnaire consacré par l'article 15 ne connaît d'autres limites que celles fixées par les termes mêmes de cet article, l'énumération de l'article 14 lui est entièrement étrangère. La Cour de Bruxelles a donc commis une erreur certaine, en décidant dans un arrêt du 23 mars 1824 ; universellement critiqué, que la représentation n'était admissible que dans les cas où la communication serait également permise.

Mais il y a une limite dans l'article 15 ; elle résulte des mots « dans toute contestation ». Il faut, pour que la représentation soit admise, qu'elle ait pour but de servir à la solution d'un litige déjà né et pendant devant le tribunal ; mesure d'instruction faite pour éclairer la justice

et contribuer à la conviction des tribunaux elle ne saurait être ordonnée pour préparer un débat qui n'existe pas encore et donner un fondement à des prétentions qui ne se sont pas encore fait jour. C'est ce qu'a décidé avec raison le tribunal de commerce de la Seine, le 27 mars 1890 (V. *Gazette des tribunaux* du 15 avril).

Par suite, il faut encore que le commerçant de qui la représentation est exigée soit partie au procès ; nous ne comprendrions pas qu'il fût possible, en l'absence d'une disposition légale formelle, d'ordonner à un tiers de produire ses livres ; si quelque réclamation est formée contre lui, qu'on l'oblige à s'expliquer et à présenter ses registres, soit ! Mais s'il n'est point partie au procès la contestation n'existe point pour lui et, aussi bien en vertu des termes de l'article 15 que des principes généraux que nous avons exposés plus haut, la justice ne peut lui donner à aucun titre un ordre semblable (En ce sens : Boistel, p. 90 ; Massé, 4, p. 373 ; Bordeaux, 6 août 1853, S. 2.717).

Ces conditions remplies, il importera peu qu'il s'agisse du demandeur ou du défendeur ; que la partie adverse soit ou non commerçante ; que l'on produise ou non dans la cause des actes sous seing privé ou même authentiques (voir à cet égard : arrêt du Parlement de Paris du 22 juillet 1689 dans Savary), les juges conservent leur faculté d'appréciation et peuvent dans tous les cas ordonner la représentation, même d'office, ou la refuser à celui qui l'a demandée ; ils compareront l'utilité probable de cette consultation avec ses inconvénients et les retards qu'elle cause et comme, en tous cas, les livres font toujours foi au moins contre celui qui les tient, il n'y a aucune distinction à faire suivant la force probante des registres ; le juge apprécie souverainement.

B. — *Formes de la communication et de la représentation.*

1. *Distinction.* — *Idée proposée.* — D'après ces idées, nous devons rechercher maintenant ce que sont les deux modes de production ; car la loi, en les opposant l'un à l'autre, a entièrement négligé de les définir ou même de dire ce qui les sépare.

Et à cet égard la pratique des tribunaux ne saurait nous guider ; incertaine, flottante, elle obéit plutôt aux commodités présentes, à l'équité de l'affaire qu'à des idées générales. Nous allons nous appuyer sur les principes que nous venons d'indiquer :

La loi interdit au juge la communication, sauf droit antérieur du plaideur à l'obtenir ; elle lui donne un pouvoir arbitraire pour ordonner la représentation ; l'une ne peut résulter que du droit de l'adversaire à avoir connaissance *commune* des registres, l'autre est un moyen d'éclaircir le procès toujours à la disposition du juge.

Nous en concluons que la communication est : toute mesure qui a pour but de révéler à l'adversaire tout ou partie des livres, et la représentation : toute mesure qui a pour but d'éclairer le juge (1).

Sans doute, d'une part, la communication pourra éclairer un procès ; d'autre part, un rapport d'expert révélera à l'adversaire des détails qu'il ignorait ; mais ce sont là des conséquences secondaires ; la loi s'attache à une idée principale : à qui la production est-elle faite ? est-ce au juge ? est-ce au plaideur ?

Cette distinction nous semble découler logiquement

(1) Ces idées sont résumées et, en quelque sorte, condensées aux n^{os} 137, 138, 139 du *Traité de Dr. commercial* de M. Thaller auxquels nous renvoyons une fois pour toutes en ce qui concerne ce chapitre.

des propositions précédentes : puisque la communication ne peut résulter que du droit (personnel ou réel) de l'adversaire à avoir connaissance commune des livres ; puisque la représentation résulte du devoir du juge d'instruire l'affaire.

Si l'on accepte ce critérium, il y aura communication chaque fois que les livres seront mis entre les mains de l'adversaire pour les compulser en tout ou en partie ; représentation quand ils seront examinés, en tout ou en partie, peu importe, par le tribunal ou même par des experts qui les visiteront de la première page à la dernière et mettront dans leur rapport tout ce qui sera utile.

Cette distinction n'est pas celle que la pratique et les auteurs acceptent d'ordinaire. Voyons les différents systèmes et discutons-les.

2. *Systèmes divers.* — A première vue il semble que tous les auteurs soient d'accord pour définir la communication et la représentation ; nous allons citer trois de ces définitions qui paraissent les plus topiques :

Pour Bédarride (T. I, n° 321) la communication consiste dans « le dessaisissement du commerçant en faveur des parties intéressées, libres dès lors de les examiner et de les compulser dans toutes leurs parties ».

Dans la représentation au contraire « le commerçant est autorisé à ne pas se dessaisir des livres, à ne pas les perdre de vue ; il est tenu de les représenter seulement pour qu'en sa présence et avec son concours on puisse en extraire ce qui concerne le différend ».

Il paraît en résulter (ainsi que du reste du chapitre) que pour Bédarride le critérium véritable est le dessaisissement. Tant que le commerçant a les livres entre ses

maines ou du moins qu'il assiste à l'examen il y a représentation ; dès que l'examen a lieu en dehors de lui, il y a communication.

Bédarride indique cependant un autre élément qui ne coïncide point avec le premier : c'est que dans un cas il y a examen intégral, dans l'autre extrait sur un point déterminé ; il y insiste même en citant d'anciens auteurs italiens qui rapportent les coutumes du pays : en ce temps les livres ne pouvaient être consultés *nisi in ea parte aut pagella quâ adest controversia*. Jason même déclare que la représentation ne peut être ordonnée si le demandeur n'indique la page où la mention cherchée se trouvera.

Mais alors où le critérium ? Ne peut-on en présence du marchand non dessaisi compulser le livre entier ? Nous verrons qu'on est parfois obligé de le faire. Est-ce alors représentation ou communication ? Bédarride se tire d'embarras en déclarant que le marchand refusera d'ouvrir le livre aux pages qui n'intéressent pas le débat. Nous verrons ce que vaut cette réponse.

Pour MM. Lyon-Caen et Renault « la communication est la remise des livres pour être examinés dans leur ensemble ». Au contraire dans la représentation pas de dessaisissement, les registres sont exhibés pour être consultés à des endroits déterminés (T. I, p. 108).

Voilà bien les deux éléments que nous venons d'indiquer ; dessaisissement ou non. Examen total ou partiel. Lequel l'emporte et différencie les deux modes ? Si les deux éléments coïncidaient, il n'y aurait là qu'une subtilité ; nous verrons qu'ils ne coïncident point d'ordinaire et que cette superposition accidentelle n'est qu'une circonstance de fait.

Les *Pandectes françaises* (T. 18, p. 357, V^o *Commerçant*, n^{os} 1221 et s.) nous laissent dans le même embarras.

« La communication est la remise matérielle avec faculté de compulsor en entier. La représentation est l'apport du livre ouvert à une page déterminée sans examen possible sur le reste.

Le commentaire de Dalloz (1) définit la communication des livres « la remise qui en est faite au greffe du tribunal ou entre les mains d'un tiers pour qu'ils soient examinés dans toutes leurs parties.

« La représentation des livres d'un commerçant consiste dans la production qui en est faite à l'audience ou devant arbitres pour qu'ils soient non pas compulsés dans leur ensemble mais simplement consultés sur un point donné. »

Dalloz considère d'ailleurs comme inadmissible l'idée que le commerçant n'est pas tenu de se dessaisir dans la représentation (*Suppl. C. com.*, n^o 442). Il se range du côté d'un arrêt de la Cour de cassation dont nous aurons à parler, qui admet le dépôt au greffe comme une représentation.

Enfin ce passage de MM. Bravard et Demangeat nous semble parfaitement résumer ces idées (T. 1, p. 133 et s.) :

« La représentation est l'exhibition du registre pour qu'il puisse être consulté à un endroit donné où se trouve quelque mention relative au différend. »

(M. Boistel ajoute, t. I, n^o 117, que personne n'a le droit de feuilleter le reste du livre.)

« La communication diffère de la représentation, comme le plus diffère du moins ; la communication en effet est

(1) *C. com.*, art. 14 et 15.

la remise du registre pour être compulsé, examiné dans son ensemble, depuis le premier jusqu'au dernier, elle implique donc un examen général du registre et non pas seulement, comme la représentation, un simple relevé ou extrait de certaines indications déterminées (1). »

Quelle que soit l'autorité des auteurs que nous venons de citer, il nous semble que cette distinction n'est point satisfaisante ; nous ferons un reproche préalable.

Elle manque de précision : en effet elle lie comme deux choses inséparables le non-dessaisissement et l'ouverture à un feuillet déterminé d'une part ; le dessaisissement et l'examen total de l'autre. Or ces deux conditions peuvent fréquemment se séparer :

Il y a dessaisissement, sans que l'examen soit possible ; par exemple les livres seront déposés au greffe ou remis aux experts, mais la plus grande partie en sera scellée et maintenue close par des bandes cachetées, pratique qui a été usitée.

Il n'y aura pas dessaisissement ; mais les experts ou les juges examineront en présence du commerçant l'ensemble ou la plus grande partie de son livre ; et qu'on ne crie pas à l'abus ! nous allons montrer bientôt que ce sera là le plus souvent une nécessité pratique, on sera forcé de l'admettre si l'on veut que la représentation ait une utilité ! Nous avons eu la réponse de Bédarride : le commerçant se fera juge des droits du tribunal et refusera de

(1) V. de même : Alauzet, 1.351 ; Devilleneuve et Massé, t. 4, n° 2054. La formule donnée par M. Thaller est la suivante :

« La communication est le fait de se dessaisir du livre directement ou par la voie du greffe aux mains de l'adversaire qui peut le consulter lui-même et dans toutes ses parties » et plus loin « dans la représentation le livre est examiné soit par le tribunal ou par un juge commis, soit par un expert nommé par lui, mais en dehors de la présence de l'adversaire. »

laisser voir ce qui, d'après lui, ne devra pas être vu ; autant dire qu'il pourra montrer ce qui lui est favorable et cacher ce qui gêne sa prétention : c'est l'examen seul qui, souvent, pourra indiquer où sont les mentions intéressantes et il sera singulièrement difficile de savoir si la résistance du commerçant est une défense légitime de ses secrets ou le refus d'un plaideur de laisser voir des preuves qui le condamnent.

Il faut donc choisir et l'on a trois solutions possibles.

1° Il n'y aura représentation que s'il y a à la fois non-dessaisissement et examen d'un feuillet déterminé.

2° L'examen partiel fera seul la différence.

3° Le dessaisissement seul sera le critérium.

A la première distinction s'appliqueront à la fois toutes les critiques que nous pouvons diriger contre l'une ou l'autre des deux dernières ; nous croyons d'ailleurs qu'elle réunit peu de suffrages. Il nous suffira de discuter et de repousser les deux dernières pour l'écarter par là même et à plus forte raison.

1° — *Système de l'examen partiel.* — C'est en réalité celui de la plupart des auteurs. Il prétend s'appuyer sur le texte de la loi, sur les coutumes italiennes et les travaux préparatoires.

L'article 15 s'exprime ainsi : «... La représentation des livres peut être ordonnée... à l'effet d'en extraire ce qui concerne le différend. » Donc la représentation n'a pour objet que les mentions relatives au différend ; c'est celles-là seules qu'il faudra montrer et livrer à la discussion ; les autres resteront cachées : au contraire la communication englobe la totalité des livres. La loi a ainsi, dit-on, marqué elle-même la différence essentielle.

Et d'ailleurs, ne trouve-t-on pas dans les procès-ver-

baux du Conseil d'État (Locré, art. 15) le passage suivant : « M. Regnaud répond que la communication dont il est parlé dans l'article 13 (1), est celle par laquelle le livre est remis pour être feuilleté en entier et que l'article 14 (2) ne se rapporte qu'à l'achat qu'on fait du registre dans la partie relative à la contestation. »

Enfin on cite des passages (que nous avons indiqués plus haut) de Casaregis et de Jason sur les coutumes italiennes et on ajoute un passage de Mornac, sur le même point rapportant « que le livre est ouvert à la page voulue devant le juge ou deux marchands et qu'on lit tout d'un temps le passage important » (Bédarride).

Voilà donc l'idée fondamentale du système. En cas de société, de faillite, de partage, de communauté, de succession, ce qu'on a intérêt à connaître c'est la totalité des livres ; et alors il y a communication ; mais dans un procès entre commerçants, ce qu'on cherche c'est une mention ou plusieurs mentions isolées qui serviront de preuve sur un point déterminé et alors on n'a besoin que d'un examen partiel, d'un relevé du passage intéressant ; c'est la représentation.

Là le livre est compulsé, examiné d'un bout à l'autre et le secret n'existe plus ; ici il reste secret dans toutes ses parties, sauf une page, une ligne peut-être qui intéresse seule le procès.

L'idée première est évidemment juste ; mais faute de tenir compte des nécessités pratiques on se laisse duper par les mots : dans la représentation ce n'est pas la totalité des affaires qu'on veut connaître, soit ! c'est seulement ce qui peut résoudre le procès actuel. Mais l'exa-

(1) Depuis 14.

(2) Devenu article 15.

men partiel ne suffira pas pour cela. Sans doute au temps de Casarégis, l'idée d'un commerçant ouvrant son registre à la page désignée par l'adversaire pouvait se comprendre ; alors les relations commerciales étaient simples ; les procès roulaient sur des faits peu compliqués. Telle marchandise a-t-elle été vendue ? a-t-elle été payée ? Telle lettre de change a-t-elle été souscrite ? Telle somme a-t-elle été prêtée à telle époque ? Et le livre consulté à la date désignée était refermé aussitôt qu'il avait été ouvert. Mais aujourd'hui, s'il y a encore des procès de ce genre, ce n'est pas eux qui remplissent les longues audiences de nos tribunaux de commerce. Les relations commerciales sont autrement compliquées ; procès entre un commettant et un commissionnaire ; règlements d'affaires de bourse ; procès entre assureurs et assurés ; entre patron et participant ; entre acheteur d'un fonds et son vendeur accusé d'avoir détourné une partie de la clientèle au profit d'un nouvel établissement. La pratique seule peut bien montrer par des espèces la complexité des faits et des rapports juridiques ; et alors ce n'est pas à un feuillet déterminé, connu, qu'on pourra demander des éléments pour résoudre le procès ; souvent ce sera de l'ensemble de la comptabilité, des habitudes générales du commerçant, de ses opérations voisines analogues que l'on pourra tirer la vérité ; souvent de mentions éparses, dans le livre, toutes relatives au même point, qu'il faudra retrouver et réunir.

Eh bien ! le système que nous discutons n'admet pas cet examen d'ensemble, rend impossible cette recherche minutieuse ; il se cantonne dans l'idée de la représentation « ouverture à un feuillet déterminé » ; la production dont nous parlons exige un examen sinon total, du moins

très large ; ce n'est évidemment pas le commerçant lui-même qui peut le faire ; il faut pour cela des gens impartiaux : le juge ou un expert ; ce n'est pas en quelques instants que ce travail sera fait ; il faut donc que le juge ou l'expert ait le livre à sa disposition. Tous les tribunaux l'ont compris et le système « du feuillet déterminé » est en conflit ouvert avec la jurisprudence. Il s'en tient à sa définition et ne veut pas voir plus loin.

Or sa définition elle-même ne repose sur rien ; la limitation qu'il veut poser n'est point dans la loi ; l'article 15 comme M. Regnaud, parle de faire « un extrait de ce qui concerne le différend ». C'est exactement ce que nous proposons ; oui, des livres on extraira ce qui importe au procès, mais cet extrait nécessite une recherche ; pour extraire un détail d'un ensemble il faut voir cet ensemble ; or on ne peut évidemment s'en rapporter au plaideur pour cette opération.

Nous nous abstiendrons d'opposer aux textes de Casarégis des textes contraires ; nous avons dit pourquoi les arguments qu'on peut tirer des passages détachés des auteurs anciens nous touchent peu ; la législation commerciale a dû changer depuis le moyen âge et la Renaissance.

On nous objectera sans doute que permettre au juge l'examen total en cas de représentation dans une loi où la représentation est toujours facultative, c'est exposer le commerce à de graves dangers ; nous ne l'avons point dissimulé et nous avons plus haut exposé qu'avec le développement commercial le secret d'affaires était devenu de plus en plus important, qu'avec l'extension des tribunaux de commerce les indiscretions étaient devenues de plus en plus faciles et dangereuses ; mais pour éviter des

inconvenients et des dangers nous ne pouvons refuser à l'article 15 son sens naturel et logique ; le système de l'examen partiel, s'il descend dans la pratique devient intelligible ; s'il reste dans les hauteurs de la théorie, il n'est qu'une protestation platonique.

2° *Système du non-dessaisissement.* — Ce système auquel en réalité personne, sauf peut-être Bédarride, ne se range catégoriquement consiste à dire : la communication est la remise des registres aux juges ou au greffier, ou à des experts, ou même à l'adversaire pour que ces registres soient examinés ; la représentation est une sorte de compulsoire : le juge ou l'expert en présence du commerçant qui ne quitte pas ses livres du regard ou même les garde dans ses bureaux dresse un constat des mentions à relever.

C'est la possession matérielle qui fait la différence ; on concède même que la présence de l'intéressé suffirait, pourtant le commerçant a même le droit, semble-t-il, de refuser d'apporter le livre à l'audience et d'exiger l'examen dans ses bureaux. Mais surtout ce qui effraye les partisans du système c'est le dépôt au greffe ! Des livres de commerce déposés dans un greffe, cela leur paraît inadmissible ! (En cas de représentation s'entend, car les dangers de la publicité ne leur semblent pas mériter l'attention au cas de communication). Un greffe est un lieu public où tout le monde peut satisfaire sa curiosité.

Comme fondement légal cette théorie se fonde uniquement sur une ordonnance de 1578 relative aux foires de Lyon ! et encore cette ordonnance accordait-elle par là un privilège à certains marchands ! En dehors de cet argument rien dans le Code ne parle de dessaisissement ou de non-dessaisissement.

Mais cette théorie, sans accorder une sécurité bien grande, est, elle aussi, incompatible avec les nécessités pratiques ; et il faut bien se résoudre ou à déclarer que la représentation est supprimée en droit français ou à la rendre possible.

Tout d'abord il est certain que le système ne peut s'en tenir à sa notion absolue : le droit pour le commerçant de garder ses livres dans son bureau et d'obliger la justice à les y venir consulter. Ce droit tout à fait exorbitant dans nos lois, que rien, d'ailleurs, ne justifie juridiquement et qui, dans l'application, donnerait des embarras sur lesquels il est inutile d'insister, on a essayé de lui donner un fondement fragile dans l'article 16 ; ce texte donne au juge la faculté, au cas de représentation, de déléguer un autre tribunal ou un autre juge de paix pour examiner les livres s'ils sont dans un lieu trop éloigné ; c'est donc bien, dit-on, que le commerçant n'est pas tenu de les apporter. L'argument se retourne aisément contre notre adversaire ; s'il en était ainsi, le tribunal serait *obligé* de déléguer, tandis que la loi lui donne une simple faculté ; donc, c'est lui qui règle la forme de la représentation et a le choix ou d'ordonner l'apport ou la consultation sur les lieux.

On n'insiste pas outre mesure sur ce point ; mais on fait surtout consister le non-dessaisissement dans le droit pour le commerçant de suivre partout ses registres, d'assister à tous les examens et, par conséquent, de ne les laisser nulle part en dépôt. Le droit pour le commerçant de ne jamais perdre de vue ses livres, voilà quel serait le critérium de la représentation.

Ce système, entièrement extra-légal, ne s'appuyant point non plus sur une idée générale telle que le but de

la représentation, ne tente de se justifier que par son équité et son utilité. Il prétend n'imposer au commerçant que le sacrifice nécessaire et lui accorder le plus de garanties possible.

Nous apercevons au contraire de gros inconvénients et peu d'avantages :

Dans toute représentation exigeant un examen minutieux et détaillé, ce système aboutit à faire de chaque investigation du juge ou plutôt de l'arbitre (qui généralement sera désigné en ce cas) une véritable instruction, telle que l'a organisée la loi du 9 décembre 1897. Il faudra sans cesse convoquer les parties, faire apporter les livres et pratiquer des compulsoires dont la forme serait d'ailleurs à régler ; ce formalisme, tout à fait opposé à la procédure commerciale, aurait surtout pour résultat d'allonger les procès, d'augmenter les frais et de faire perdre du temps à tout le monde.

Il ne donnerait même pas de garantie efficace : en effet, serrons la question de près ; nos adversaires s'élèvent contre le dépôt au greffe, et y voient la source possible de tous les malheurs. Mais, au fond, on sait bien qu'un greffe n'est pas un lieu si public qu'on le dit ; peu de gens peuvent y fouiller à leur guise et il n'y aurait que quelques mesures d'ordre intérieur à prendre pour que seules les personnes qualifiées puissent y consulter les livres qu'elles ont à examiner. Or de ces personnes, juges, arbitres ou experts que craint-on ? Est-ce la recherche systématique, volontaire, des secrets qui n'intéressent pas le procès, mais dont leur intérêt personnel pourrait bénéficier ? Non, ces manquements au devoir, qui seraient des forfaitures, sont rares et exceptionnels ; ce n'est pas eux qu'on veut prévenir ; le danger vrai est surtout dans

la connaissance, acquise à propos de l'affaire, de secrets qui lui sont étrangers mais que la nécessité de l'enquête ou le hasard a révélés ; il s'agissait de savoir combien le commerçant avait eu de marchandises à assurer dans l'année et le livre a dit le nom des fournisseurs et les prix d'achat ; on cherche dans ses copies-lettres et on y trouve le nom des correspondants ; ainsi de suite. Ces mentions que la force des choses ou le hasard a révélées, le danger est qu'elles ne soient pas oubliées, qu'elles soient répétées ou que le concurrent ait la tentation de s'en servir.

Eh bien ! la présence du commerçant évitera-t-elle ce danger ? Parce qu'il sera là, spectateur nécessairement passif (et qui ne pourrait pas même en fait s'opposer à la violation préméditée) les pages ou les mentions dangereuses deviendront-elles invisibles ?

Dès lors le non-dessaisissement n'est qu'une gêne peu utile ; il ne se justifie ni en théorie ni en pratique et nous n'hésitons pas à approuver la jurisprudence. Celle-ci déclare que c'est au juge à déterminer la forme de la représentation. Tantôt il laissera le registre aux mains de son propriétaire, tantôt il le fera déposer au greffe, tantôt chez le plus âgé des arbitres. L'arrêt fondamental est celui de la Chambre civile de la Cour de cassation du 25 janvier 1843 (D. 43.1.217).

« Attendu d'autre part que le dépôt des livres d'un négociant au greffe du tribunal pour être mis sous les yeux des juges et demeurer seulement à leur disposition ne constitue pas la communication de ces livres prévue et réglée par l'article 14 du Code de commerce, qu'une telle mesure n'est en elle-même que la représentation autorisée par l'article 15 même exacte... »

Cet arrêt qui a fait jurisprudence est d'accord avec le système que nous proposons et dont nous trouvons une formule heureuse dans une note sous un arrêt de Caen (*Recueil de Caen et de Rouen*, 87.2.1).

« La distinction essentielle consiste en ceci que dans la représentation il n'est porté à la connaissance de l'adversaire que ce qui concerne le différend, tandis que dans la communication il peut prendre connaissance entière des livres... *La représentation se fait au tribunal et non à la partie* (1). »

3^e *Application*. — Nous nous en tenons par conséquent à l'idée proposée plus haut d'après laquelle la communication est la connaissance des livres directement livrée à l'adversaire ; la représentation une mesure d'instruction qui donne à la justice les renseignements utiles à la solution du procès.

Il ne reste qu'à indiquer comment il sera procédé en fait à l'une et à l'autre production.

a) *Communication*. — La loi ne contient aucune indication pouvant guider le juge ; c'est donc à la sagesse du tribunal qu'elle s'en est remise ; en ordonnant la communication il prendra les mesures convenables pour qu'elle soit facile et complète sans compromettre les intérêts engagés. Suivant les cas, les livres seront déposés au greffe, chez un syndic, chez un notaire, chez un arbitre, dans un lieu enfin où il sera possible à l'ayant droit

(1) Comparez sur la différence entre la communication et la représentation un arrêt de la Cour de cassation (Ch. des req.) du 18 juillet 1899, *Gaz. Pal.*, 99.2.252 et surtout le rapport de M. le conseiller Letellier. Il s'agissait dans l'espèce du registre que l'article 151 du décret du 16 février 1807 oblige les avoués « à représenter toutes les fois qu'ils en sont requis ». L'arrêt de la Cour de Paris, comme celui de la Cour de cassation ont estimé que cette représentation devait être faite au seul tribunal et non à la partie.

de les compulser commodément et sans gêne ; ils pourraient même être laissés au possesseur actuel, si les rapports entre les adversaires ne s'y opposent pas, ou même être remis à l'ayant droit ; ces dernières solutions sont évidemment exceptionnelles ; ce sont là d'ailleurs des questions de fait dont le juge est souverain arbitre et dont le règlement échapperait à la cassation.

Le demandeur en communication a d'ailleurs droit à faire lui-même ou à faire prendre des copies ; il peut même se faire remettre des expéditions certifiées conformes par le greffier. En un mot les livres sont, moralement au moins, à sa disposition ; il a sur le contenu les droits d'un copropriétaire ; le jugement a pour but de le mettre en état de les exercer.

b) *Représentation*.— Ici encore le juge doit apprécier ; « en ne prescrivant pas la manière de faire ces extraits, la loi laisse à la prudence du juge d'ordonner les mesures nécessaires pour qu'aucun des articles relatifs à la contestation ne soit caché à la partie qui a intérêt à les connaître et qu'elle ne puisse se livrer à aucune exploration étrangère au litige » (Delamarre et Lepoitvin, p. 293).

Le juge ne doit pas oublier que le but de la mesure ordonnée est uniquement d'extraire des livres ce qui intéresse le procès et de livrer cette partie à la discussion. Quant au mode de procéder il le règle lui-même ; soit que le tribunal entier examine les livres, comme on le pourra dans une affaire simple, soit qu'un juge-commissaire soit désigné pour faire un rapport, soit qu'un ou plusieurs arbitres ou experts aient cette mission. Suivant le cas les livres resteront aux mains du propriétaire ou passeront à celles du juge ou de l'arbitre, ou seront déposées au greffe. En tout cas ils ne seront examinés que

par la justice ou son délégué, jamais par l'adversaire. L'examen aboutira à un rapport ou à des extraits qui seront librement livrés au débat, sur lesquels les deux parties pourront s'expliquer à leur aise et le jugement se fonder.

Le caractère essentiel de la représentation consistant en un extrait fait impartialement pour aboutir à la révélation de ce qui est utile à la solution du procès, il y aurait communication si les livres étaient remis à l'adversaire pour qu'il en tire lui-même ce qui peut servir à sa cause ; de même si le jugement ne précisait point l'affaire et les points à rechercher et confiait à l'expert le soin de faire un rapport sur les registres, afin d'y puiser ensuite des renseignements utiles parmi les révélations indiscretes ; il faut donc que le jugement préparatoire limite le litige et indique où et comment les éléments de vente peuvent être recherchés.

Du moment d'ailleurs que cette limitation est posée, il n'est pas besoin de détails extrêmes et nous ne saurions qu'approuver un arrêt de cassation (Requêtes, 12 mars 1834, D. 34.1. 344) qui pose le principe : « Attendu que le jugement dénoncé n'a point ordonné la communication des livres, mais seulement la vérification des faits articulés, ce qui ne peut s'entendre que du différend et qu'il a pu, sans violer aucune loi, donner une mission de conciliation pour entendre les parties et vérifier amiablement leurs obligations réciproques... Rejette, etc. »

De même nous adhérons à un arrêt du 22 février 1848 par lequel la Cour de cassation a jugé dans une contestation relative à la négociation de certains billets que le tribunal peut ordonner l'apport des livres pour en extraire non seulement les articles relatifs à la négociation liti

gieuse, mais encore à d'autres négociations pour éclaircir le différend : ceci, confié à un expert, n'en est pas moins une représentation.

Les indications des parties et spécialement du demandeur en représentation aideront le tribunal à préciser les points sur lesquels les recherches seront essentielles, même les dates et les passages où elles seront le plus fructueuses.

Nous écartons d'ailleurs, avec la jurisprudence, l'assimilation qui a été tentée (sans aucune base légale) entre la représentation et un compulsoire... La présence des parties pourra être utile, elle n'est pas indispensable.

Aux termes de l'article 16 déjà cité le tribunal a d'ailleurs la faculté de déléguer, au cas où les registres sont situés à une certaine distance, soit le tribunal de commerce du lieu, soit un juge de paix ; en ce cas le magistrat ou le tribunal délégué examinera lui-même les livres, dressera procès-verbal, fera l'extrait et renverra ces pièces au tribunal saisi ; ceci n'est qu'un cas d'application de l'article 1035 du Code de procédure civile et ne nous paraît soulever aucune difficulté spéciale.

C. — *Livres auxquels la production s'applique.*

Les formalités de la production étant ainsi réglées, nous nous demandons maintenant quel est le contenu de cette production.

Il est bien évident que la décision qui ordonne la production peut et doit la limiter au nécessaire ; par exemple ne sera représenté que le copie-lettre quand c'est là seulement que doit se rechercher la preuve contestée ; mais la question est de savoir si le juge rencontre une limitation et s'il est des écritures dont la production ne

peut être ordonnée : il n'existe dans la loi aucune prohibition de ce genre ; le système légal se résume facilement en ces termes :

Droit commun : aucune communication de pièces (non employées ou communes) ne peut être ordonnée.

Exception : la représentation des livres de commerce peut toujours être ordonnée dans un procès.

La production se restreint donc aux livres de commerce ; mais elle les comprend tous.

Par suite des principes posés plus haut aucune représentation des papiers domestiques, registres privés, contrats civils, etc., du commerçant ne peut être ordonnée même à propos d'une contestation commerciale (1).

A l'inverse, la représentation de livres de commerce peut-elle être ordonnée contre un commerçant à propos d'une contestation civile ? On sait, en effet, que certaines mentions relatives aux affaires privées doivent figurer sur les livres ; la loi ne distinguant pas, la solution affirmative nous semble certaine.

Nous avons déjà au contraire soutenu la négative, quand la contestation même commerciale ne s'élève qu'entre tiers. Ainsi je prétends avoir remis le 11 septembre une somme de 125.000 francs à Pierre et il le nie ; ses livres ne portent aucune mention ; je soutiens que la somme a été déposée par lui à telle banque ; je ne puis demander la représentation des livres de cette banque pour prouver l'omission des livres de Pierre (2). Nous insis-

(1) Bien entendu la production des livres peut être ordonnée contre un non-commerçant, héritier d'un négociant qu'il représente ; la mort du commerçant ne modifie en rien les droits de la justice ou des tiers à l'égard des livres de commerce.

(2) *Sic* : Delamarre et Lepoitvin, t. 1, p. 289 ; Massé, t. 4, p. 393 ; Boistel ; Alauzet.

tons spécialement sur ce point : la difficulté s'élève fréquemment dans la pratique et les tribunaux sont trop tentés de sacrifier les principes à l'utilité présente.

Une autre question plus fréquente encore et sur laquelle d'ailleurs la jurisprudence semble fixée définitivement est celle de savoir si la représentation s'applique à tous les livres tenus par le commerçant ou seulement à ceux que la loi l'oblige de tenir. On sait, en effet, que peu de commerçants s'en tiennent à la comptabilité élémentaire qu'exige le Code : il existe donc dans la pratique un grand nombre de registres que l'on est convenu d'appeler auxiliaires et qui sont souvent plus importants et plus précieux que les registres obligatoires. Tels sont : le grand-livre, le livre de traites, le livre de caisse, le livre brouillard, le livre des colis manquants, le livre des correspondances (ces deux derniers dans les entreprises de transport), etc... Ces livres auxiliaires que le commerçant tient dans son propre intérêt et d'une manière en quelque sorte officieuse contiendront souvent plus de secrets mais aussi plus de renseignements précieux pour la justice que le livre-journal ou celui des inventaires. Le tribunal peut-il ordonner leur production ?

Pour répondre il faut, dans le système que nous avons soutenu, distinguer entre la communication et la représentation. En effet la communication ne résultant pas du Code, mais d'un droit réel ou personnel, c'est l'étendue de ce droit qui limitera l'étendue de la production ; en général d'ailleurs la communication devra s'étendre à tous les livres même auxiliaires : c'est ce qui arrivera chaque fois que le droit à la communication résultera d'un droit réel : co-propriétaire du fonds, l'associé par exemple est co-propriétaire de tous les livres qui en dé-

pendent ; de même pour l'héritier, le communiste ; le syndic de faillite trouve les mêmes droits dans l'organisation de ses pouvoirs. Si le droit au contraire résulte d'une convention expresse ou tacite, il s'agira de l'interpréter et ce n'est pas ici le lieu d'en parler : on fera communiquer ce qu'il a été convenu expressément ou tacitement qu'on rendrait commun.

En matière de représentation c'est au contraire l'article 15 du Code qu'il faut interpréter : toute la question est de savoir si le mot « livres » s'applique à ceux dont parlent les articles 9, 10, 11, 13 ou désignent d'une façon générale toutes espèces de livres de commerce.

C'est là une difficulté très délicate ; les auteurs et la jurisprudence la tranchent dans le sens de la généralité ; ils imposent à l'adversaire la nécessité de prouver l'existence de livres auxiliaires ; dès que cette existence est prouvée, le commerçant peut être obligé à les produire (1). L'arrêt de principe est celui de la Cour de cassation (Requêtes) du 4 mars 1873 (D. 73.1.302) qui se borne d'ailleurs à donner la solution sans la motiver en aucune manière.

Nous inclinons, suivant l'opinion de M. Boistel (n° 116) vers l'interprétation restrictive ; l'article 15 est une exception, il fait brèche aux principes généraux que nous avons indiqués plus haut ; cette exception doit être strictement entendue ; les livres auxiliaires du commerçant sont sa propriété et un texte formel peut seul le dépouiller de son droit privatif ; pas plus que les registres domestiques du particulier, nous ne les soumettons à la

(1) Sic : Bédarride, 1.309 ; Massé, 1.2510 ; Lyon-Caen et Renault, 1.299 ; Ruben de Couder et Alauzet.

représentation ; c'est là une garantie sérieuse à laquelle le commerçant a bien droit.

Une question qui semble à tort se rapprocher de cette dernière doit être résolue en sens inverse ; le commerçant est tenu de conserver des registres pendant 10 ans ; après ce délai la production peut-elle être ordonnée ? La jurisprudence et les auteurs résolvent la question par l'affirmative, avec cette réserve toute naturelle que l'existence des livres doit d'abord être prouvée par l'adversaire ; cette solution nous semble incontestable : la dispense de produire, basée seulement sur une présomption de destruction des livres disparaît dès que cette présomption est détruite par la preuve contraire (1-2).

D. — *Sanction du jugement.*

Communication ou représentation, la justice a ordonné la production des livres ; il faut s'attendre à quelque résistance de la part de celui à qui cet ordre est donné ; à défaut de son intérêt possible dans le procès à ne pas montrer des mentions compromettantes pour sa cause, l'intérêt général au secret des livres suffit à expliquer un refus. Quelle sera la conséquence de ce refus ? Dans quelle

(1) *Sic* : Caen, 24 juin 1828, S. 30.2.157. — Bédarride, 1, n° 237 ; Delamarre et Lepoitvin, 1.187 ; Alauzet, n° 99.

(2) Les agents de change peuvent-ils être condamnés à communiquer ou représenter les registres que la loi leur prescrit de tenir ?

Nous réservons la question de communication. Pour la représentation il ne saurait y avoir de doutes à admettre l'affirmative en présence de l'article 11 de l'arrêté du 27 prairial an X.

V. Bordeaux, 6 janvier 1875, S. 76.2.40 ; Orléans, 1^{er} mars 1884, S. 87.1.452. — Alauzet, p. 2, n° 664 ; Massé, p. 4, n° 2051 et s. ; Lyon-Caen, t. 1, p. 274.

Voir d'ailleurs l'appendice à la fin du chapitre II de la II^e partie où la question sera reprise d'une manière plus générale.

situation mettra-t-il les parties ? Voilà ce que nous allons examiner.

La première idée qui se présente à l'esprit est que ce refus entraînera la perte du procès ; cette sanction énergique qui serait déplorable en législation, n'existe point dans la loi française ; un texte formel pourrait seul l'établir et personne n'en a proposé l'établissement ; le jugement qui serait ainsi motivé et qui se prononcerait uniquement par cette raison que l'une des parties a refusé la production de ses livres devrait donc être cassé comme violant la loi.

Il est vrai qu'indirectement le même résultat pourra être produit en toute légalité ; outre que ce refus imposera certainement le tribunal, il y aura là une présomption de fait qui, s'ajoutant à d'autres, pourra légitimement fonder la conviction du juge ; de même si le commerçant récalcitrant est demandeur, le tribunal déclarera les preuves déjà fournies insuffisantes et ne pouvant, par suite de ce refus, obtenir plus d'éclaircissement, le débouter, comme ne justifiant pas sa prétention. Ces solutions sont fréquentes en pratique.

Si le refus de produire n'emporte pas la perte du procès à plus forte raison ne saurait-il justifier un refus d'audience, c'est ce que la Cour de Bruxelles a jugé le 12 août 1856 à propos d'un commerçant qui, pour éviter de produire ses livres, soutenait n'en point tenir : l'adversaire n'avait point d'ailleurs prouvé le contraire.

Le jugement (préparatoire ou interlocutoire, nous n'avons pas ici à discuter ce point) n'est pas pour cela dépourvu de sanction sérieuse ; l'obligation de produire qu'il engendre ou reconnaît emporte les trois modes d'exécution du droit commun (exécution directe, par

équivalents, contrainte indirecte), plus une sanction spéciale, celle de l'article 17. Nous allons dire un mot de ces quatre procédés et de leur application.

I. *Exécution forcée en nature*. — Le commerçant, obligé de produire ses livres, soit à la justice, soit à son adversaire, peut-il être contraint à les livrer ou laisser voir, *manu militari*? On connaît la fameuse controverse qui s'élève autour de l'article 1142 et de la maxime *Nemo præcise ad factum cogi potest*. Nous n'avons pas à rechercher ici la portée de cette maxime ni à exposer la distinction de Pothier entre les actes internes et les actes externes, ou celle plus récente, entre les actes personnels et ceux non personnels (1).

Suivant que l'on entendra par obligation de donner, celle qui consiste à transférer un droit réel, ou simplement celle qui tend à la prestation d'une chose matérielle à un titre quelconque, notre obligation sera « de faire » ou « de donner ».

Si elle est une obligation de donner, l'article 1142 lui est étranger; elle reste soumise au droit commun; dès lors, elle est susceptible d'une exécution forcée en nature; sur le vu de la formule exécutoire, tous les agents de la force publique devront concourir à l'exécution du jugement; les bureaux du commerçant seront ouverts de force et ses livres saisis malgré sa résistance.

Si elle est une obligation de faire, la question est plus délicate; l'article 1142 semble d'abord prohiber l'exécution forcée en nature et résoudre toute obligation de faire en dommages-intérêts; si cependant on admet la

(1) On peut consulter à cet égard le remarquable article de M. Meynial dans le tome LVI de la *Revue pratique* (année 1884) « La sanction civile des obligations de faire ou de ne pas faire ».

doctrine la plus récente (Baudry-Lacantinerie et Barde, *Obl.*, 1, p. 387 ; Huc, t. VII, n° 135 et s. Conf. Demolombe, t. XXIV, n° 490 ; Laurent, XVI, n° 197), l'article 1142 ne s'applique que lorsque l'exécution forcée est impossible ou immorale ; la force publique s'arrête devant la contrainte physique qui, en touchant à la personne du débiteur, porterait atteinte à la dignité humaine ; dans cette doctrine qui nous semble extrêmement solide, l'obligation de produire les livres pourrait être exécutée de force.

Il faudrait toutefois que le tribunal, sur la demande de l'adversaire qui a droit, en principe, à l'exécution directe, ait ordonné par son jugement l'exécution forcée « avec l'assistance de la force armée, si besoin est » et il est difficile de ne pas lui reconnaître un certain pouvoir d'appréciation (Rennes, arrêt précité du 7 avril 1808).

II. *Exécution par équivalent.* — Le trouble inutile que l'exécution forcée causerait inévitablement rendra la première sanction extrêmement rare ; on peut alors recourir à la seconde : la résolution en dommages-intérêts ; c'est le droit commun et nous n'avons que quelques mots à en dire.

Ces dommages-intérêts pourront être compensatoires ; ils remplaceront la production refusée et représenteront le préjudice éprouvé ou le gain manqué par l'adversaire, selon l'estimation approximative du tribunal ; comme souvent cette estimation ne pourrait être faite que d'après la connaissance des registres refusés, elle sera certainement entachée d'un certain arbitraire.

Les dommages-intérêts pourront être moratoires ; ils seront fixés à « tant par jour » ou par période donnée ; cette condamnation se cumulera avec une condamnation

principale à produire dont elle ne dégagera pas le condamné ; elle représentera le préjudice que le retard à s'exécuter fait éprouver à l'adversaire. Pour rester dans les termes et l'esprit de l'article 1147 du Code civil dont elle dérive, cette condamnation accessoire doit se soumettre à trois conditions, faute desquelles elle rentre dans la classe des astreintes dont nous allons nous occuper ensuite ; ces trois conditions sont :

1° De représenter le préjudice effectif et de ne pas consister en une somme très supérieure, destinée à effrayer le débiteur ;

2° De n'être prononcée que lorsque l'exécution est probable dans un certain délai et d'être limitée à ce délai ;

3° De n'être pas comminatoire ; c'est-à-dire qu'elle sera définitivement encourue par le fait du retard, à moins que le jugement ne réserve le cas fortuit, ce qui permettrait au débiteur de prouver qu'il n'a pas commis de faute et ferait tomber la condamnation en ce cas.

3. *Contrainte indirecte.* — Les caractères que nous venons d'indiquer séparent nettement les dommages-intérêts moratoires d'une pratique que la jurisprudence applique et que la doctrine repousse énergiquement : les astreintes.

Les tribunaux se sont reconnu le droit, indépendamment de tout préjudice constaté, de condamner une partie rebelle à payer une certaine somme par jour de retard, ceci uniquement pour la contraindre à exécuter l'ordre de la justice, « pour que force reste à la loi ». A l'inverse des dommages-intérêts moratoires, ces astreintes présentent généralement les traits suivants :

1° Il n'y a aucune proportion entre le préjudice et la condamnation ;

2° S'il y a un délai, il est arbitraire ; quelquefois il n'y a pas de terme fixé ;

3° Elles présentent cette particularité d'être comminatoires ou non, suivant l'appréciation du tribunal qui statue sur le caractère lors de l'exécution ; et cette appréciation échappe au contrôle de la Cour suprême !

Nous n'avons évidemment pas à discuter en détail cette théorie extrêmement touffue ; nous nous bornons à constater que ces astreintes ne sont pas autre chose que des peines et nous rappelons simplement ce double principe fondamental :

1° Il n'y a pas de peine sans texte ; 2° il n'y a pas de peine arbitraire.

L'astreinte ainsi comprise doit donc être repoussée dans notre espèce (1) ; un arrêt de la Cour de Caen, qui a fait jurisprudence, en admet au contraire la validité dans les termes suivants, qui définissent bien la tendance des tribunaux sur ce point :

« Attendu que, quand une partie, dans des vues d'intérêt personnel, se refuse à satisfaire à des décisions rendues par la justice, la justice se trouve dans la nécessité de l'y contraindre par toutes les voies de droit qu'elle croit le plus propres à atteindre le but qu'elle se propose ; que, si elle eût cru devoir se contenter d'autoriser la partie à induire du défaut de représentation du registre, elle eût pu s'en tenir là, mais que, regardant le moyen de la contrainte comme plus propre à produire l'effet qu'elle en attend, elle a dû employer cette voie..... » (Caen, 24 juin 1828, *Rép. Dalloz, Comm.*, p. 533).

(1) Nous ne croyons pas devoir, comme M. Meynial, distinguer entre l'obligation légale et l'obligation conventionnelle ; à défaut de sanction spéciale, la loi n'a point voulu de sanction arbitraire.

4. *Article 17 du Code de commerce.* — Ayant rappelé ces généralités sur l'exécution des obligations et en ayant mentionné l'application en la matière si peu précise de l'exécution des jugements, il nous reste à étudier la sanction spéciale à notre jugement de production de livres. C'est l'article 17 du Code de commerce ainsi conçu :

« Si la partie aux livres de laquelle on offre d'ajouter foi refuse de les représenter, le juge peut déférer le serment à l'autre partie. »

Cet article 17 est inspiré par une pratique qui suivit l'ordonnance de 1673 ; Jousse et Bornier indiquent cet usage : quand le commerçant refusait d'apporter ses livres (auxquels bien entendu l'adversaire s'en était rapporté puisque telle était la condition de la représentation) le juge devait déférer le serment à l'autre partie. Un point seul a été changé par le Code ; l'obligation s'est transformée en faculté.

Le serment ne peut donc être déféré aux termes de l'article 17 que si deux conditions sont réunies :

1° Offre d'ajouter foi ; 2° appréciation conforme du tribunal :

1° Ceci ne semble pas demander beaucoup d'explications : Le plaideur, dépourvu de preuves, fonde son dernier espoir dans la loyauté des livres de l'adversaire ; il les fait juges de son procès et s'engage à s'incliner devant leur décision, à peu près comme s'il déférerait le serment ; c'est en ce cas seulement, sous l'ordonnance de 1673 que la représentation pouvait être ordonnée. L'offre d'ajouter foi a cessé d'être nécessaire pour la représentation ; elle est restée indispensable à l'application de l'article 17. Nous repoussons donc absolument la théo-

rie que Bédarride avance assez timidement : cet auteur déclare que le serment de l'article 17 pourra être déféré même sans offre d'ajouter foi : cela sous le prétexte que le droit à obtenir la production ne saurait être illusoire ; la loi est trop formelle pour que cet argument puisse prévaloir et d'ailleurs les sanctions, nous l'avons vu, ne manquent pas.

Le même auteur ajoute que le droit commun conduirait d'ailleurs à un résultat analogue ; sans doute il arrivera que le juge appliquera quelquefois l'article 1367 du Code civil ; mais 1° il ne pourra déférer le serment de droit commun que si la prétention du demandeur s'appuie sur quelques preuves ; 2° il déférera généralement ce serment au demandeur.

C'est donc faire choses fort différentes que d'appliquer le droit commun de l'article 1367 ou l'exception de l'article 17 du Code de commerce ; celle-ci doit être restreinte à son domaine.

La condition d'ajouter foi ne pourra être remplie que si la demande de production est nécessaire à une réclamation principale, par suite dans tous les cas de représentation et la plus grande partie des demandes en communication. Mais si la communication est le but du procès, si c'est elle seule qui est demandée à la justice, évidemment l'article 17 ne saurait trouver d'application.

Quant aux effets de la condition d'ajouter foi, ils rentrent dans la théorie de la force probante des livres, dont nous avons écarté l'examen.

2° *Appréciation du juge.*— Nous n'entendons point par là l'ordre de produire ; cet ordre est nécessairement supposé dans l'application de l'article 17 ; le jugement qui le contient est déjà rendu ; la partie a refusé de l'exé-

cuter ; si on lui a imparti un délai elle l'a laissé écouler ; l'affaire revient devant le tribunal qui ne juge pas à propos de forcer sa résistance ; il faut aboutir.

Sous l'ordonnance, le serment devait être déféré ; il n'en est plus ainsi ; l'appréciation du juge est entière. Il peut recourir à toutes mesures d'instruction utiles : par exemple aux livres de l'adversaire ; il peut rendre son jugement et cela (en théorie) aussi bien en faveur du récalcitrant que contre lui.

Souvent d'ailleurs la délation du serment sera impossible ; un syndic de faillite conteste une créance ; le prétendu créancier refuse de représenter ses livres ; comment déférer le serment au syndic ?

C'est donc avec raison que la loi a respecté la liberté d'action du juge ; ce pouvoir d'appréciation en ce qui concerne la délation du serment supplétoire de l'article 17 est d'ailleurs à l'abri de la cassation (5 août 1823).

CONCLUSION.

Tels sont les droits de la justice civile sur le secret des affaires commerciales ; elle le perce à jour par l'examen des livres de commerce que le négociant a l'obligation légale de produire devant elle. Tenus par ordre de la loi pour servir de preuves, ces registres sont à la disposition de la justice, chaque fois que celle-ci y veut chercher des éléments de conviction (1). Mais, tenus pour fixer les relations juridiques de leur propriétaire, ces livres ne peuvent être réclamés que lorsqu'il s'agit précisément de ces

(1) Il y a bien obligation légale et non conventionnelle, comme on le dit quelquefois, en invoquant un prétendu mandat sous-entendu dans des contrats commerciaux : lorsqu'il s'agit de prouver le contrat, c'est résoudre la question par la question que réclamer la représentation en vertu d'un mandat qui ne sera prouvé que par elle.

relations juridiques, non lorsqu'il s'agit de procès entre tiers. Et c'est là ce qui distingue la représentation civile des saisies de la justice criminelle ; celle-là est limitée, celles-ci ne le sont point.

Sous cette restriction, les droits de la justice civile étant à peu près absolus pour arriver à la solution d'un procès, la représentation qui est l'exercice de ces droits, s'élargit aussi ; si l'objet du procès est vaste et arrive à englober l'ensemble des opérations commerciales, la représentation s'étendra à la même mesure et atteindra la totalité des livres de commerce ; de sorte que non seulement la justice les compulsera en entier, mais encore que l'extrait disparaîtra puisque tout est intéressant au débat ; cette situation ne saurait se présenter que s'il existe entre les parties en cause certaines relations juridiques qui d'autre part pourraient donner lieu à une autre consultation des livres : la communication.

La communication est l'exercice d'un droit différent : c'est maintenant un droit privé, un droit individuel, tendant, dans un intérêt personnel, à connaître l'ensemble des affaires d'un négociant ; mais il ressemblera souvent en fait à la représentation élargie et générale.

Reste à apprécier ce système légal qui peut se résumer en deux préceptes : production toujours exigible par le juge ; exceptionnellement par l'adversaire.

Nous avons montré théoriquement les dangers de la latitude laissée aux tribunaux ; et nous avons vu que ces dangers ont poussé les auteurs à donner au commerçant des garanties qu'il ne trouve pas dans la loi. La vérité nous oblige à reconnaître que la pratique n'a pas semblé jusqu'ici justifier ces craintes ; les abus ne semblent point nombreux si l'on en juge par la rareté des plaintes. Si

cette situation se modifiait, la réforme ne pourrait porter que sur un des deux points suivants :

1° Cas où la représentation est admise. Il nous semble impossible de poser ici des limites au pouvoir du tribunal et le système de la loi paraît bien le meilleur.

2° Forme où elle est faite. On peut concevoir ici soit une modification dans la composition des tribunaux consulaires (présidence d'un magistrat par exemple), soit l'organisation d'un corps d'experts présentant plus de garanties que les arbitres actuels et la nécessité pour le tribunal de renvoyer à un de ces experts la vérification des livres au lieu de la faire lui-même.

Quoi qu'il en soit, une réforme est rarement inspirée par des scrupules théoriques et ce sont seulement des abus dans l'avenir qui pourraient nécessiter un examen sérieux de ces questions.

APPENDICE. — Nous réunissons ici les dispositions qui nous ont paru intéressantes dans quelques lois étrangères. La plupart des Codes reproduisent à peu près exactement les articles du Code français sur les livres de commerce en y ajoutant d'ordinaire.

V. Code de commerce allemand, articles 28 à 40 ; Code de commerce italien, articles 21 à 28 ; Code espagnol, articles 40 et suivants, etc.

Nous citerons seulement ces Codes.

Code de commerce italien.

(Art. 21 à 28.)

ART. 27. — La communication des livres, des inventaires, des liasses de lettres et télégrammes mentionnés à

l'article 21, ne pourra être ordonnée en justice que dans les affaires de successions, de sociétés, de banqueroutes ou de communauté de biens.

La communication se fera suivant le mode convenu entre les parties ; si elles ne peuvent s'entendre à cet égard, la communication se fera par le dépôt au greffe.

ART. 28. — Dans le cours d'une contestation alors même que le litige ne rentrerait pas dans un des cas énoncés à l'article précédent, le juge pourra ordonner soit à la requête d'une partie, soit d'office, la représentation des livres à l'effet d'en extraire seulement ce qui concerne le différend.

Il pourra prescrire aussi la représentation des lettres et télégrammes *in parte quâ* concernant le litige.

Code de commerce allemand.

(Art. 28 à 40.)

ART. 28. — Tout commerçant est obligé de tenir des livres qui fassent connaître exactement ses opérations commerciales et la consistance de sa fortune.

Il est tenu de conserver les lettres qu'il reçoit, de garder copie de celles qu'il envoie et de les insérer par ordre de date dans un livre de copies de lettres.

.
.

ART. 37. — Le juge peut, au cours d'un procès et sur la demande de l'une des parties, ordonner la production des livres de la partie adverse. Si cette production n'est pas faite, la preuve du contenu des livres sera considérée comme requise à l'encontre de la partie qui aura refusé la production.

(Le dernier alinéa est abrogé par le Code de procédure civile, article 259, qui supprime la preuve légale sauf exception, à combiner avec l'article 392 du Code de procédure.)

ART. 38. — Quand les livres de commerce sont produits dans un procès, leur contenu, en ce qui touche le point litigieux, doit être examiné en présence des parties. Le cas échéant, un extrait en sera pris. Le surplus des livres doit être placé sous les yeux du juge en tant qu'il est nécessaire pour apprécier leur régularité.

ART. 40. — La communication intégrale des livres de commerce peut être ordonnée par justice en matière de succession, de communauté de biens, de liquidation de société et enfin en matière de faillite en ce qui touche les livres du failli.

Sur le droit d'un plaideur d'obliger à la production d'une pièce qui est aux mains d'autrui la loi allemande a posé des règles extrêmement précises et qui suppriment les controverses examinées longuement au début de la section II du chapitre III.

Code de procédure civile allemand.

ART. 385. — « La partie qui offre la preuve par titres doit produire l'acte qu'elle invoque. »

ART. 386. — « Si la partie qui poursuit la preuve prétend que l'acte se trouve aux mains de la partie adverse, la demande de preuve se formule par des conclusions tendant à obliger la partie adverse à la production de cet acte. »

ART. 387. — « La partie adverse est tenue à la production de l'acte.

1° Lorsque d'après les dispositions du droit civil la

délivrance ou la production de l'acte peut être demandée même en dehors du procès par la partie qui poursuit la preuve.

2° Lorsque l'acte, d'après son contenu, est commun à la partie qui poursuit la preuve et à la partie adverse, c'est-à-dire quand »

ART. 388. — « La partie adverse est également tenue à la production des actes qui se trouvent entre ses mains lorsqu'elle s'y est référée dans le procès à titre de preuve ne fût-ce que dans les écritures préparatoires. »

Les articles suivants organisent la procédure qui s'engage sur ces conclusions qui doivent nettement préciser les causes invoquées et le contenu de la pièce. Le tribunal statue ; s'il reconnaît que la partie a droit d'exiger la production, il faut distinguer alors suivant que l'adversaire avoue ou nie la possession de la pièce.

S'il avoue, la production est ordonnée (art. 390).

S'il nie, on lui défère un serment spécial (art. 391).

S'il refuse de prêter serment et s'il ne produit pas, la copie produite par la partie poursuivante est tenue pour exacte ; à défaut de copie les articulations de cette partie poursuivante *peuvent être considérées comme établies*. — art. 392.

Si l'acte est aux mains d'un tiers :

ART. 394. — « Le tiers est tenu à la production d'un acte pour les mêmes motifs que l'adversaire de la partie qui poursuit la preuve ; il ne peut y être contraint que par voie d'action. »

Les articles suivants règlent la procédure et les cas particuliers.

Ces règles sont en somme celles qui, d'après nous,

doivent dans leurs grandes lignes, être admises en droit français.

Code de commerce espagnol 1886.

ART. 45. — « Il ne pourra être fait aucune perquisition d'office par le tribunal ni par aucune autorité à l'effet de rechercher si les commerçants tiennent leurs livres conformément aux dispositions du présent Code ; il ne pourra non plus être fait aucune vérification ni aucun examen général de la comptabilité dans les boutiques ou bureaux des commerçants. »

ART. 46. — « Il ne pourra non plus être ordonné à la requête d'une partie la communication, la production ou l'examen général des livres, des correspondances et des autres documents des commerçants excepté dans les cas de liquidation, succession universelle ou faillite. »

ART. 47. — « En dehors des cas prévus par l'article précédent la reproduction des livres et des documents des commerçants ne pourra être ordonnée à la requête de la partie ou d'office que lorsque l'intérêt ou la responsabilité de celui à qui ils appartiennent est engagé dans la question pour laquelle cette représentation est faite.

« L'examen se fera dans le bureau du commerçant en sa présence ou en présence de la personne par lui désignée et il se limitera aux points qui ont rapport à la question en litige lesquels pourront seuls être vérifiés. »

DEUXIÈME PARTIE

LE SECRET DEVANT LES AYANTS DROITS.

Nous avons recherché en quels cas la puissance sociale a le droit de s'immiscer dans les affaires d'un commerçant pour y chercher les bases de la fixation de l'impôt ou des éléments de vérité destinés à éclairer la justice ; nous allons maintenant voir quels particuliers ont, dans un intérêt privé des droits analogues : d'abord quels sont ceux dont la situation est privilégiée par les droits qu'ils tiennent de la loi, de la convention ou de toute autre source ? Nous nous demanderons dans la partie suivante quelle est à ce point de vue la situation de ceux qui ne peuvent se targuer d'aucun privilège ?

Le droit d'ouvrir les registres de commerce pour y prendre connaissance de l'ensemble ou de partie des affaires, ou même, plus généralement, le droit d'exiger la révélation des faits commerciaux peut être un droit réel ou personnel ; en fait il résultera exclusivement de la loi, de la succession (*ab intestat* ou testamentaire) ou de la convention. Nous ne nous attacherons pas à ces distinctions, mais à la suivante : Le droit de consulter les livres (nous donnons à cette formule le sens général indiqué plus haut) peut être l'accessoire d'un droit plus important, visant le fonds de commerce lui-même ; il

peut être au contraire isolé ou rattaché à d'autres liens juridiques.

En effet le secret d'affaires est une partie du fonds de commerce, comme les livres eux-mêmes ; accessoire, il suit le principal. Celui qui a un droit sur le fonds lui-même acquiert par suite un droit sur le secret et les livres : tels le co-propriétaire, l'usufruitier. Mais le propriétaire peut faire brèche à son pouvoir, peut en détacher une partie ; il concédera par convention à un autre commerçant, à un industriel, à un banquier le droit de connaître partie de ses propres affaires. Voici un commerçant qui assure moyennant une prime de 10/0 toutes les marchandises qui passeront par ses magasins ; il sera convenu que la Compagnie d'assurances pourra suivant certains modes vérifier sur ses livres l'exactitude des déclarations. Ne pourra-t-il même arriver que la clause en question soit considérée comme sous-entendue ? Exemple : le contrat de commission.

Cette partie se divisera donc en deux chapitres ; le premier consacré au droit de connaître les affaires de commerce, accessoire d'une puissance sur le fonds lui-même, le second à ce droit détaché de cette puissance.

CHAPITRE PREMIER

AYANTS DROITS SUR LE FONDS DE COMMERCE.

Jusqu'ici, en opposant la puissance sociale et « le commerçant », nous avons toujours supposé ce dernier un personnage maître absolu de sa maison, disposant de ses secrets comme de ses capitaux ; il nous faut maintenant serrer la réalité de plus près ; il arrive souvent que ce « commerçant » n'est pas un personnage unique, mais qu'il y a plusieurs maîtres, égaux ou inégaux en pouvoirs (société) ; ou bien le fonds devient indivis et attend d'être liquidé (communauté) ; ou encore, la mort du propriétaire en fait un bien de succession. Moins fréquemment, le commerçant, restant propriétaire du fonds, voit sa puissance démembrée (usufruit, gage, faillite).

Dans tous ces cas, quels sont, au point de vue du droit à connaître les affaires, les rapports des personnages ainsi mis en jeu ? Telle est la question qui doit être traitée dans ce chapitre. Nous la diviserons en trois paragraphes.

1° Le fonds est exploité par plusieurs personnes qui en sont ensemble propriétaires.

2° Le fonds est provisoirement indivis (communauté, succession).

3° Le droit de propriété est démembré (gage, usufruit, faillite).

SECTION I. — Sociétés.

Sous ce nom de « sociétés commerciales » se rangent des groupes bien divers ; mais dans la société en nom collectif où des commerçants exposent leur fortune entière et leur honneur commercial et emploient leur activité, leur intelligence et leur crédit, comme dans la société par actions où le premier venu risque une somme souvent faible, nous trouvons, au point de vue qui nous occupe, un trait commun : ces associés qui demandent à être renseignés, c'est sur leurs propres affaires que porte leur légitime curiosité : ces livres sont à eux ; ces opérations que d'autres effectuent, c'est pour leur compte à eux ; les bénéfices ou les pertes sont pour eux. Le secret est donc le leur ; par conséquent, en principe, ils ont le droit le plus large à connaître la marche et les organes de la société dont ils font partie. Ils n'ont pas besoin pour se faire ouvrir les livres d'invoquer l'article 14 du Code de commerce, et ils n'ont pas à attendre comme cet article semble le dire, le « partage de la société ». Ils sont propriétaires du secret d'affaires en tout temps.

Mais, suivant la forme de la société, la responsabilité, l'initiative de chacun varie singulièrement et naturellement l'exercice du droit que nous venons de reconnaître variera également. Examinons les diverses formes de sociétés.

§ 1. — Sociétés de personnes.

A. — Société en nom collectif.

C'est la forme où le lien est le plus énergique, où la

responsabilité est la plus lourde, puisque l'associé répond sur sa fortune entière des résultats de la gestion sociale ; une fausse spéculation de la société peut mener ses membres à la faillite avec ses conséquences morales et matérielles ; le droit de chaque associé à suivre et à surveiller la marche de la société est donc très important.

Des associés gérants il n'y a rien à dire ; faisant eux-mêmes les affaires sociales, ils ont entre les mains les livres et connaissent ce qui se passe.

Pour les associés non gérants ils ont droit absolu à la communication de tous les livres, aussi bien auxiliaires qu'obligatoires ; ils peuvent les compulser en entier, les copier : c'est leur chose ; ils ne sont limités dans leur droit que par l'obligation sociale elle-même : en publiant des mentions secrètes, ou en les utilisant contre l'intérêt social ils commettraient une faute qui pourrait les obliger à des dommages-intérêts ; ce n'est là que l'application du droit commun, article 1859 du Code civil, § 2.

Une question délicate est celle de savoir si le pacte social peut limiter ou supprimer pour quelques-uns des associés ce droit de communication ?

Il semble certain que cette clause doit être admise lorsqu'elle se borne à réglementer l'exercice du droit, de façon à le gêner peut-être sans supprimer le principe de contrôle et de surveillance : l'associé non gérant ne pourra par exemple examiner les livres qu'une fois chaque mois, mais il pourra vérifier les bilans sur les registres de comptabilité, surveiller les inventaires annuels, etc. La liberté des conventions valide certainement des clauses de ce genre : l'inégalité ainsi créée n'est pas très profonde.

Mais en sera-t-il de même si les statuts enlèvent à un

ou plusieurs associés non gérants tout droit de contrôle personnel ; ils devront accepter comme bons les inventaires ou les bilans qu'on leur présentera et n'auront qu'à toucher les bénéfices ou solder leur part de perte. Remarquons bien d'ailleurs que cette clause ne saurait leur enlever tout recours : il leur restera les tribunaux qui pourraient, pour vérifier leurs réclamations, ordonner la représentation des livres. Mais la question qui se pose est de savoir s'ils peuvent renoncer à la communication, c'est-à-dire à la vérification personnelle.

Cette clause ne sera sans doute pas en harmonie avec l'esprit de la loi en matière de société ; elle blesse l'égalité sociale ; elle expose à de graves dangers les imprudents qui y auront souscrits ; mais surtout en matière de sociétés il est grave de prononcer une nullité ; aucune disposition légale n'empêche pareille convention, nous préférons respecter la liberté des contrats, même là où elle est dangereuse, qu'inventer une prohibition arbitraire.

Par conséquent les statuts, librement approuvés par les associés, font la loi des parties, tant qu'ils ne heurtent pas l'ordre public ; ils pourront mesurer le droit de chaque associé et en régler l'exercice au point même de le supprimer.

Dans le silence des statuts, un associé peut-il introduire un tiers dans les bureaux sociaux, lui révéler le contenu des livres ? Peut-il se faire représenter dans la vérification et le contrôle qu'il peut lui-même exercer ?

En faveur de la négative on fait ressortir l'« *intuitus personæ* » ; les affaires sociales ne doivent pas être révélées à un tiers ; nous nous rangeons à l'affirmative par la considération suivante : d'une part, il serait singulier

de permettre au gérant (associé ou non) de se substituer un mandataire dans la gestion même de la société (et cela est admis par application des règles du mandat) et de l'interdire à un associé pour une opération bien moins dangereuse. D'autre part (ceci vise la 1^{re} question), on ne peut en fait ni en droit empêcher un associé de raconter ce qui se passe dans les bureaux, de fournir les indications à un tiers et de le consulter ; la preuve en est d'ailleurs dans l'existence du « croupier ».

Par suite il vaut mieux (dans le silence des statuts) admettre l'intrusion d'un mandataire ; si celui-ci commet des fautes, cause un préjudice, le mandant en sera responsable.

Les questions que nous venons d'indiquer se reproduiront à propos des sociétés par actions, mais d'autres principes devront alors intervenir pour leur solution.

Tels sont au point de vue du secret des affaires les rapports des associés *entre eux* dans la société en nom collectif ; ces rapports ne seraient en rien modifiés pendant la période de liquidation.

B. — *Société en commandite par intérêt.*

Deux situations sont ici à examiner ; les droits des commandités ; les droits des commanditaires.

Les premiers doivent être considérés dans leurs rapports entre eux et avec la société comme des associés en nom collectif ; ils ont tous les droits et toutes les charges attachés à cette situation. Ce que nous venons de dire précédemment s'applique entièrement à eux.

Le commanditaire n'expose dans la société que son apport ; sa responsabilité est moins grande ; mais par une juste compensation ses droits sont moindres aussi.

Il se heurte à la défense d'immixtion (art. 27 et 28, C. com.). Il ne peut en aucune manière, gérer ou administrer pour la société, même accidentellement, et cette défense dont le but n'est pas exactement connu, a une sanction sévère au point de vue de la responsabilité pécuniaire.

Mais cette défense ne touche en rien au droit de contrôle ; quoique ne pouvant gérer, le commanditaire reste associé ; il a le droit de connaître ce qui se passe dans la société, d'en surveiller la marche et de savoir à tout instant quelle est sa situation. Il doit être à ce point de vue assimilé aux associés en nom collectif ; comme eux il peut se faire communiquer les livres en totalité ; comme eux, selon nous, il peut déléguer leur vérification à un mandataire ; quant à la clause des statuts qui limiterait ou supprimerait son droit de communication, ici à plus forte raison serait-elle valable et obligatoire.

Les règles que nous avons exposées sont en somme le droit commun en matière de « société de personnes » opposées aux sociétés de capitaux. Elles s'appliquent donc également aux sociétés en participation, dans le silence du contrat. Nous touchons ici à une difficulté très délicate : la question de la « participation aux bénéfices ». Sous ce nom s'abritent plusieurs sortes de conventions qui se ressemblent plus ou moins ; un patron s'engage à distribuer une part de ses bénéfices annuels à ses ouvriers, ou bien cet avantage est réservé aux premiers employés qui deviennent « intéressés dans la maison ». Quelquefois même ces employés doivent en ce cas faire un apport en argent. Quelle est la nature juridique de ces contrats ? Y a-t-il société ou louage d'ouvrage ?

On voit de suite l'intérêt de la question au point de vue qui nous occupe. S'il y a société, les participants ou in-

téressés ont le droit de connaître les affaires sociales, de se faire communiquer les livres, de vérifier les comptes et de critiquer la gestion. S'il n'y a que louage d'ouvrage avec une modalité spéciale dans la fixation du salaire, les conséquences seront fort différentes. Ceci ne veut pas dire qu'en ce dernier cas la communication ne saurait être due ; car on peut soutenir que le contrat de participation, sans donner naissance à une société, implique tacitement le droit à communication. Dès lors, pour ne pas diviser la discussion d'une question si importante, nous nous bornons à l'indiquer ici et nous l'examinerons plus loin sous toutes ses faces.

Pour conclure sur les sociétés de personnes : droit absolu, dans le silence des statuts qui font loi, pour tout associé de connaître les affaires sociales à tout moment et dans tous leurs détails. En cas d'obstacle ou de refus, l'associé s'adressera aux tribunaux et demandera la communication. Le tribunal saisi n'aura à apprécier qu'un point : sa qualité d'associé et, celle-ci constatée, il ne peut refuser la satisfaction demandée, sous prétexte d'inopportunité, d'intérêt minime ; pas plus qu'il ne pourrait, constatant un droit de propriété, refuser de le sanctionner. Quant à l'exécution de l'obligation nous avons dit plus haut que le demandeur a droit à l'exécution forcée directe ; s'il ne réclame pas l'exécution en nature il aura droit à des dommages-intérêts moratoires ou compensatoires ; nous avons dit plus haut ce qu'il faut penser de l'astreinte.

§ 2. — Sociétés par actions.

1. *Partie générale.* — Grouper quantité de petits

capitaux pour une entreprise considérable, longue et souvent hasardeuse : telle est surtout la fonction économique des sociétés par actions ; une responsabilité limitée au prix d'un titre qu'on achète et qu'on vend en même temps que la qualité d'associé : telle est la conception juridique. A ces deux points de vue l'institution ne pouvait s'accommoder de la liberté ordinaire des contrats. Entre des spéculateurs expérimentés, disposant de capitaux, de banques, de crédit et groupés dans un intérêt commun d'une part, et d'autre part le public épars, facilement tenté et trompé, sans expérience et toujours flottant entre une confiance sans bornes et une défiance irraisonnée, la partie n'est pas égale. Pour assurer l'avenir de la société par actions, comme pour protéger l'épargne, la loi a imposé des règles strictes.

Ces règles impératives constituent un code spécial ; la convention des parties n'y peut déroger ou plutôt ne peut qu'y ajouter ; c'est un minimum de garanties : les statuts sociaux pourront en créer d'autres en respectant celles-là.

Au point de vue qui nous intéresse, une réglementation s'imposait ; le maintien du droit commun plaçait la société par actions entre deux dangers : si les statuts sociaux n'y dérogeaient point, c'était pour chaque associé le droit de connaître dans leur intégralité les affaires sociales : droit d'entrer dans les bureaux, d'ouvrir les livres, de les copier ; un tel contrôle est admissible dans une société de personnes où chaque associé a été agréé par les autres, où tous les intérêts sont d'accord : mais, quand la société est formée de plusieurs milliers de personnes il est inutile de montrer le désordre qui résulterait d'une règle pareille ; d'autant que tout le monde,

pour le prix d'un titre, revendu le lendemain, peut devenir associé ; on arrive donc à la suppression totale du secret d'affaires ; on ne peut plus rien cacher ni au public, ni surtout aux concurrents. La lutte commerciale devient absolument impossible.

Les statuts auraient donc réglé la situation et supprimé le droit d'investigation de l'actionnaire ; mais alors, autre péril : comme ce sont généralement les mêmes personnages qui rédigent les statuts et qui dirigent ensuite la société, et comme l'influence des vrais actionnaires, lors de l'approbation des statuts, est fort discutable, le droit de contrôle aurait été singulièrement réduit, et cela précisément dans les cas où il eût été indispensable ; quelques chiffres adroitement maniés, quelques discours vagues, et les assemblées générales auraient couvert d'une approbation confiante les bilans les plus fantaisistes.

Les lois de 1863 et de 1867 ont voulu parer à ces deux dangers, mais, faites pour protéger le public, elles établissent un contrôle qui peut être aggravé par les statuts ; rien n'empêche la société de porter au secret de ses affaires des atteintes plus profondes et, par exemple, d'autoriser la vérification de ses écritures par tout actionnaire ; mais ce danger n'est guère redoutable en pratique.

Nous voudrions pouvoir exposer les règles légales sans distinguer entre la commandite et la société anonyme, sauf les différences logiques ; mais les deux sociétés ont été différemment traitées ; il y a des dénominations différentes, il y a des prohibitions, des injonctions spéciales tantôt à l'une, tantôt à l'autre ; de ces discordances personne d'ailleurs n'a jamais donné de

bonne raison ; de là la nécessité de rappeler ces prescriptions arbitraires.

Nous écartons d'abord les commandités : leur situation est la même que nous avons déjà établie. Nous n'avons ici à nous occuper que de ce qui est spécial aux sociétés par actions.

Ces sociétés, d'après la loi, contiennent trois pouvoirs : direction, contrôle, souveraineté. Tous trois jouissent de règles différentes que nous devons rappeler.

Le *pouvoir directeur* est constitué :

Dans la commandite par un gérant, l'un des commandités, révocable ou non, suivant les statuts ;

Dans la société anonyme par des administrateurs, *actionnaires* élus pour 6 ans au plus, toujours révocables par les assemblées générales, prenant leurs décisions en commun à la majorité. Ce conseil nomme en général un « directeur » pris dans son sein, ou hors la société si les statuts le permettent ; le rôle et les droits de ce personnage sont d'ailleurs fort mal définis.

Le *pouvoir de contrôle* est constitué :

Dans la commandite par un conseil de surveillance : trois actionnaires au moins, nommés la première fois pour un an, ensuite pour la durée fixée par les statuts, rééligibles, ayant des droits considérables ;

Dans la société anonyme par un ou plusieurs commissaires de surveillance (le nombre n'est pas fixé par la loi) actionnaires ou non, élus tous les ans et rééligibles, nommés par le Président du tribunal de commerce, si l'assemblée a négligé cette mesure.

Le *pouvoir souverain* est exercé :

Dans la commandite, comme dans la société anonyme par les assemblées générales (constitutives, ordinaires

extraordinaires). Mais tandis que la loi a posé des règles précises pour leur composition dans les sociétés anonymes, elle a gardé un profond silence dans la commandite ; les pouvoirs de l'assemblée sont d'ailleurs aussi mal fixés dans les deux sociétés.

2. *Attributions des divers pouvoirs de la société. Leurs droits.* — Quelles sont les attributions de ces trois pouvoirs au point de vue du secret d'affaires ?

Le pouvoir directeur est évidemment le maître de la comptabilité ; il est inutile de se demander ce qu'il sait des affaires qu'il traite.

Le pouvoir de surveillance est institué pour contrôler les agissements des administrateurs ou gérants, vérifier leurs rapports, comparer leurs bilans ou inventaires à la comptabilité et résumer les observations qu'il a faites dans un rapport communiqué aux actionnaires afin de les éclairer avant le *quitus* qui leur est demandé.

Selon qu'il s'agit de l'une ou de l'autre forme de cette société les droits et les devoirs varient.

Dans la commandite le pouvoir est plus stable, plus permanent, plus puissant. Les membres du conseil peuvent à tout moment entrer dans les bureaux, procéder à l'examen minutieux des livres, vérifier la caisse et le portefeuille (art. 10, loi 1867) ; ils peuvent convoquer de suite l'assemblée générale. Avant chaque assemblée ils rédigent un rapport où ils redressent toutes les erreurs, toutes les fautes commises par la direction ou relevées dans la comptabilité, critiquent le bilan présenté, s'opposent, s'ils le jugent à propos, aux distributions de dividende. En somme, mandataires des associés, ils exercent tous les droits qui appartiennent à l'associé lui-même dans la société de personnes et qui ici leur sont

délégués ; ils rendent compte chaque année de ce qu'ils ont constaté dans l'exécution de leurs mandats (1).

Dans la société anonyme la loi donne aux commissaires des pouvoirs moins étendus. Aux termes des articles 33 et 34, loi de 1867, le commissaire en temps ordinaire n'a aucun autre droit que celui de convoquer l'assemblée générale, s'il le juge urgent, d'autre part à la fin de chaque semestre « un état sommaire de la situation active et passive de la société » est mis à sa disposition.

Quand approche l'assemblée générale ordinaire la situation change pendant les trois mois qui précèdent la réunion, le commissaire peut à sa guise vérifier les livres, la comptabilité, se rendre compte de l'état de la société. Enfin quarante jours avant la réunion il reçoit l'inventaire complet, le bilan, le compte des profits et pertes. Sur quoi il fait son rapport à l'assemblée.

L'assemblée entend lecture de ces rapports et c'est d'après les indications que le pouvoir de surveillance lui transmet qu'elle approuve ou blâme, ou réserve sa décision. Il est certain que ces lectures de bilan, d'inventaire, de rapports peuvent ne pas être très bien comprises et qu'un vote dans ces conditions serait émis à peu près au hasard ; aussi la loi de 1867 a ordonné que quinze jours avant la réunion, le bilan, l'inventaire, le rapport des surveillants soient mis au siège social à la disposition de tout actionnaire qui en prendra d'avance communication (art. 12 et 34) (2). En outre dans la société anonyme la

(1) Le premier conseil est de plus chargé de vérifier si toutes les formalités pour la constitution de la société ont été remplies et de vérifier en détail les déclarations du gérant.

(2) Il pourra déléguer un mandataire dans la société en commandite ; non dans la société anonyme ! (texte des art. 12 et 34. V. Seine, 12 déc.

liste des actionnaires doit être jointe. Lors de la discussion au Corps législatif MM. E. Picard et Pouyer-Quertier avaient demandé qu'on déposât aussi le rapport du pouvoir directeur ; l'amendement fut repoussé. Il n'est pas douteux d'ailleurs que le droit de prendre communication de ces documents n'appartienne même à l'actionnaire qui ne posséderait pas assez de titres pour siéger à l'assemblée générale.

L'ensemble des actionnaires (en dehors naturellement de toute clause contraire des statuts) n'a donc à sa disposition que des documents de seconde main : ce sont des résumés, des rapports, des appréciations ; les pièces de comptabilité leur sont cachées ; ils ne pénètrent point dans le détail des affaires, de sorte que la complicité des pouvoirs de direction et de surveillance peut avoir les plus graves résultats. Mais le secret d'affaires l'exige ainsi ; il supporte la publication des bilans et rapports qui sont généralement imprimés et connus de tout le monde. Quant au reste c'est aux actionnaires à choisir des mandataires habiles et solvables dont la responsabilité ne sera pas illusoire.

L'assemblée générale pourrait-elle demander d'autres justifications ? Pourrait-elle par exemple exiger la remise de la comptabilité à elle-même ou à une délégation spéciale ?

Nous ne pouvons même effleurer ici la fameuse question de savoir en quels cas et comment l'assemblée peut *modifier* les statuts ? Il n'y aurait d'ailleurs pas ici à les modifier mais seulement à y déroger partiellement ; nous pensons que l'assemblée aurait le droit de procéder à

1898. *G. P.* cité plus loin). *Addé* : Seine, 16 octobre 1898, *G. Trib.*, 25 nov. 1898.

cet examen non prévu par les statuts ou d'y faire procéder par quelques-uns de ses membres ou des experts désignés par elle.

3. *Droits individuels des actionnaires.* — Cet examen extra-statutaire suppose bien entendu que la majorité se soit ainsi prononcée ; mais, soit que l'assemblée générale n'ait point statué, soit qu'elle ait statué en sens contraire, un ou plusieurs actionnaires peuvent-ils (toujours dans le silence des statuts) réclamer isolément cette communication et, si elle est refusée, la faire ordonner par la justice (1) ?

En principe, la négative n'est pas douteuse : la loi de 1867, que le silence des statuts rend impérative, a fixé limitativement les documents, qui doivent être communiqués à chaque actionnaire et les formes et le moment. La doctrine et la jurisprudence sont d'accord pour lui refuser en temps normal tout autre droit que celui qui résulte pour lui des articles 12 et 34.

Deux jugements du tribunal de commerce de la Seine du 10 octobre 1892 (*Gaz. Palais*, 1892-2, p. 486) et du 12 octobre 1898 (*Gaz. Palais*, numéro du 16 décembre) ont posé très nettement ce principe.

Dans la première espèce, l'actionnaire, M..., demandait aux directeurs un compte rendu détaillé, prétendant avoir droit à connaître « chacune des opérations résumées dans le compte des profits et pertes ». Sur le refus, il proposa à l'assemblée de nommer une commission de trois membres pour vérifier la comptabilité. La proposition fut repoussée. M..., soutenant que des justifications insuffisantes avaient été fournies, demanda à la justice

(1) V. à l'appendice de cette section certaines dispositions des Codes allemand et italien.

de forcer la société à « fournir un compte détaillé des opérations ». Voici la réponse du tribunal :

« Mais attendu que les obligations imposées aux sociétés anonymes par l'article 34 ne sont point telles ; que si l'on comprend que le commanditaire d'une société en nom collectif ait, dans l'intérêt de sa commandite, le droit d'investigation sur toutes les affaires et livres de la société qui l'a accepté comme commanditaire, l'exercice de ce droit est limité quand il s'agit d'un simple actionnaire de société anonyme ; qu'en effet, un tel actionnaire peut le devenir sans que la société l'ait recherché et même connu ; que l'intérêt de la société peut exiger la discrétion dans la conduite de certaines affaires et que sa bonne marche peut être entravée par les investigations auxquelles de nombreux actionnaires pourraient vouloir personnellement se livrer ; que, d'ailleurs, en devenant actionnaire, M..... s'est imposé la loi des statuts sociaux ; qu'il s'est par cela même engagé à déléguer ses droits d'investigation des détails du fonctionnement de la société aux commissaires visés en l'article 24 des statuts ; que, le rapport du commissaire ayant été approuvé., il ne saurait prétendre à la nullité de la délibération qu'au cas où il prouverait qu'elle a été entraînée par le dol ou la fraude, déboute... »

Dans la seconde espèce, le tribunal se fondait sur les mêmes motifs pour repousser la demande de communication « des registres de délibération, inventaires et autres documents ».

Enfin un jugement du même tribunal du 19 mars 1894, confirmé avec adoption de motifs par la Cour de Paris, le 28 juin 1895 (*Gaz. Palais*, 95.2.202), a appliqué la même idée. Mais le jugement se termine par la phrase suivante :

« Attendu que vainement ils prétendraient avoir, pour sauvegarder leurs droits particuliers, un droit personnel à des communications autres que celles indiquées au dit article 12 et motivées par un intérêt collectif et social ; qu'ils ne justifient en effet, soit à la charge des membres du conseil d'administration, soit du liquidateur actuel, aucun fait imputable à la faute de ceux-ci, et de nature à comporter pour eux la mesure exceptionnelle qu'ils sollicitent... »

Cette réserve se rapporte à une théorie qui peut invoquer en sa faveur deux arrêts : l'un de la Chambre des Requêtes (3 décembre 1872, S. 73.1.33) rejette, sur les conclusions conformes de l'avocat général, conformément au remarquable rapport de M. Gouget, un pourvoi contre un arrêt de Nîmes, confirmatif d'un jugement d'Aubenas ; l'autre de la Cour de Rouen, 16 février 1895 (*Recueil Caen et Rouen*, 95.1.105). Dans l'arrêt de 1872, il s'agit d'une société en commandite ; dans l'autre d'une société anonyme.

La thèse des deux arrêts, longuement motivée dans le premier, que pour cette raison nous regrettons de ne pouvoir reproduire en entier, est identique. On proclame d'abord qu'habituellement le contrôle ne peut être exercé que par les organes fixés par la loi de 1867, « que le gérant ne saurait, sans de graves inconvénients, être contraint de subir à chaque instant les investigations abusives et peut-être hostiles de tout porteur d'actions ».

Mais la Cour ajoute : « qu'il ne s'ensuit pas que, dans des circonstances exceptionnelles, dont l'appréciation leur est abandonnée, les tribunaux ne puissent pas permettre à un ou plusieurs actionnaires agissant individuellement de prendre communication au siège social des livres et valeurs de la société ».

Les circonstances exceptionnelles dont il s'agit consistent généralement en ceci que, la société ayant brusquement périclité, la dissolution ou la liquidation en sont demandées à l'assemblée ; en ces cas les tribunaux auraient tout pouvoir d'apprécier s'il y a intérêt « sérieux et légitime » pour l'actionnaire isolé à obtenir communication.

Les deux arrêts s'appuient sur deux considérations :

La première est que les tribunaux ont un pouvoir souverain d'appréciation. Nous avons déjà combattu sur d'autres points cette prétention : les tribunaux sont faits pour reconnaître les droits des parties et les sanctionner : si l'actionnaire a un droit, c'est à eux de l'apprécier, ils n'ont pas à en créer ; donc la question se ramène à ceci : l'actionnaire a-t-il le droit, en certains cas, d'exiger une communication des livres ?

La seconde considération prétend l'établir ; elle invoque les articles 17 et 39 de la loi de 1867 ; ces articles reconnaissent à chaque actionnaire (et, avec certains avantages, à des groupes d'actionnaires) le droit d'intenter une action en responsabilité contre les directeurs et surveillants à raison de leurs fraudes ou fautes de gestion. Cette faculté, pour être exercée, « implique forcément, dit la Cour, le droit pour l'actionnaire de consulter et de vérifier les livres et documents sociaux sur lesquels une action de cette nature peut être fondée ».

Remarquons d'abord qu'il s'agit ici, non d'une action intentée et sur laquelle on va statuer, mais d'une vérification préalable des livres par le demandeur éventuel, qui, d'après les résultats de l'examen, exercera ou non l'action en responsabilité. Il ne s'agit pas d'éclairer la justice, mais un particulier ; si l'action était intentée, le

tribunal n'aurait qu'à ordonner la représentation des livres ; cette mesure, avec l'étendue que nous lui connaissons, suffirait amplement pour établir la situation et dégager ou engager la responsabilité des défendeurs. Les deux arrêts ne se contentent pas de ce procédé, dont la légalité est certaine ; ils prétendent reconnaître à l'actionnaire, comme conséquence de la faculté qu'il a d'intenter une action, le droit d'abord de se renseigner sur ses chances de succès par la communication ; et, comme en présence du système de la loi de 1867, il est impossible de soutenir que ce droit lui appartient d'une façon normale, on le réserve pour les « cas exceptionnels ». Quels sont les cas exceptionnels ? Le tribunal apprécie librement (1) !

Alors même que la communication préalable serait nécessaire au demandeur éventuel, nous hésiterions à admettre ce système : l'action en responsabilité exercée individuellement est si fragile, si précaire, si peu étayée que ce serait là une gêne de plus seulement. Si l'on voulait rendre cette action possible et productive, il y aurait tant d'autres solutions à donner que personne ne propose !

Mais nous ne voyons pas cette nécessité ; les tiers, non actionnaires, mais qui ont fait des opérations sur les titres ou qui ont fait crédit à la société ont, contre les administrateurs eux aussi, une action en responsabilité, basée sur les mêmes fautes ; cette action n'est certainement précédée d'aucune communication des livres (na-

(1) La prétention de l'actionnaire devant le tribunal d'Aubenas consistait simplement à faire examiner les livres par des experts nommés par le tribunal. C'était donc une représentation. Le jugement, constatant qu'il n'y a point de fait litigieux à vérifier ... ordonne la communication !

turellement, puisqu'ils ne sont point associés); cette action est-elle donc une fiction ? Elle a été souvent exercée et avec profit. Pourquoi la prétention des actionnaires serait-elle plus difficile à justifier et exigerait-elle plus de préparations (1) ?

D'ailleurs, s'il y avait nécessité de se renseigner avant d'agir, que veut dire cette appréciation du tribunal ? C'est donc lui, qui, avant de juger sur l'action, l'arrêterait ou la déchaînerait par un jugement préalable ? Où trouve-t-on cette sorte d'autorisation de justice qui servirait de condition au procès en responsabilité ? Si l'actionnaire a besoin de connaître les livres pour défendre ses intérêts, qu'il ait le droit de les ouvrir ! La loi et les statuts (c'est-à-dire le contrat qu'il a accepté) ont délégué son pouvoir de contrôle à des mandataires ; il prétend leur gestion infidèle, leur mandat mal rempli ; la majorité n'est pas de son avis, il a encore une ressource : il s'adresse à la justice et lui demande de vérifier la gestion contestée et, s'il a été lésé, de le faire indemniser. La justice fera son enquête ; elle examinera les livres, les faits, les preuves apportées de part et d'autre. Que veut-on de plus ? Et que signifie cette demi-mesure qui, sans révoquer le mandat, sans constater la faute du mandataire, lui retire le droit exclusif qu'il tient de la loi et de la convention ?

Les deux arrêts cités (qui, sans doute, feront jurispru-

(1) Celui qui a diffamé les directeurs, administrateurs de cette entreprise industrielle, commerciale ou financière faisant publiquement appel à l'épargne ou au crédit a le droit d'établir la vérité de ses allégations (art. 35, loi de 1881).

Dira-t-on pour cela qu'il a droit à une vérification préalable de la comptabilité ? Non ; la justice pourra saisir cette comptabilité et en faire un élément du débat. Nous faisons remarquer au passage que les principes du droit commun indiqués dans la partie précédente s'appliqueront ici.

dence) ne nous paraissent donc pas fondés ; si, en principe, les associés ont droit de connaître les livres, ils ont, dans les sociétés par actions, délégué ce droit ; il ne dépend pas d'un actionnaire de révoquer en partie le mandat que la société a donné ; et à plus forte raison repoussons-nous la conséquence que les arrêts tirent de leur décision : que le demandeur, ne connaissant rien à la comptabilité, pourra se faire assister du comptable qu'il choisira !

Et si, au point de vue pratique, on objecte que les droits de l'actionnaire se ramènent ainsi à peu de chose, que son contrôle est peu important, nous en convenons. Mais il lui reste d'abord le pouvoir très large de l'assemblée générale ; ensuite il est impossible dans une société qui compte des milliers de membres et où tout le monde peut entrer, comme tout le monde peut en sortir, de confier à chacun des droits très importants, sous peine de supprimer toute direction ; il faut bien des délégués : et c'est là que l'initiative et l'intelligence des associés peuvent s'exercer : qu'ils nomment des délégués capables et dont la solvabilité soit connue, au lieu d'approuver sans renseignement un choix que d'autres auront fait !

4. *Obligataires.* — Les sociétés par actions émettent souvent des obligations ; l'obligataire n'est pas un associé, mais un créancier ; comme tel, il n'a aucun droit spécial sur les biens et affaires de la société ; il serait donc mal venu à réclamer une communication quelconque : ses droits sont exactement ceux qu'il aurait vis-à-vis d'un particulier débiteur (Trib. de la Seine, 4 novembre 1886, *Le Droit*, numéro du 19 novembre).

APPENDICE. — *Lois étrangères.*

Les pouvoirs de surveillance sont mieux armés en droit allemand qu'en droit français ; les dispositions légales sont identiques pour les sociétés en commandite par actions ou anonymes (art. 193 et 225 a).

« Le conseil de surveillance surveille la gestion des affaires sociales dans toutes les branches de leur administration ; il peut se tenir au courant de la marche de ces affaires, prendre connaissance à toute époque des livres et papiers de la société et vérifier le contenu de la caisse sociale.

Il examine les comptes annuels, les bilans et les propositions de répartition des bénéfices et adresse un rapport annuel à l'assemblée générale des actionnaires sur ces divers points, etc... »

Le Code italien ordonne qu'il soit tenu : 1° un livre des sociétaires, contenant le nom, domicile, etc., des actionnaires ; 2° un livre des réunions et délibérations des assemblées générales ; 3°... Ces livres (art. 141) doivent être soumis à l'inspection de tout sociétaire ; le premier doit même être communiqué à toute personne jusqu'à libération des actions.

D'autre part, les administrateurs et leurs surveillants (les syndics) ont à compter avec l'article 153 qui tranche la question des droits des actionnaires individuels, en donnant aux associés groupés en nombre suffisant une importante prérogative :

Art. 153, C. com. italien :

« Toutes les fois qu'il y aura présomption suffisante que les administrateurs et syndics auraient commis de graves irrégularités dans l'accomplissement de leur man-

dat, les associés représentant la huitième partie du capital social pourront dénoncer le fait au tribunal de commerce et la justification de l'importance du groupe des associés se fera de la manière indiquée à l'article précédent (dépôt des titres pour obliger les syndics à insérer dans leurs rapports les dénonciations faites par 1/10 des associés).

Le tribunal entendra en chambre du conseil les administrateurs et syndics ; si des mesures d'urgence lui paraissent devoir être prises avant la réunion de l'assemblée générale, il pourra rendre un décret à l'effet d'inspecter les livres de la société : il nommera, à cette fin, un ou plusieurs experts aux frais des requérants qui devront fournir une caution déterminée.

L'inspection des livres ne pourra avoir lieu que lorsque les requérants auront déposé leur caution.

Le rapport des commissaires devra être déposé au greffe dans le délai imparti par le tribunal. Le tribunal examinera le rapport en chambre du Conseil et il statuera par un décret.

Si l'accusation ne lui paraît pas fondée, le tribunal pourra ordonner que le rapport soit publié dans le *Journal des annonces judiciaires* soit en entier, soit seulement dans ses conclusions.

Dans le cas contraire, le tribunal prescrira les mesures à prendre d'urgence et il ordonnera la réunion immédiate de l'assemblée générale.

Le décret du tribunal sera exécuté provisoirement, nonobstant opposition ou appel. »

SECTION .II — **Indivision provisoire.**

Nous nous occupons sous ce titre du fonds de commerce appartenant, comme dans la société, à plusieurs personnes ; mais il n'y a point entreprise commune : il y a des droits qui se rencontrent sur un objet commun et qui se gênent plutôt qu'ils ne coopèrent.

Peu de choses à dire de cette situation ; les ayants droits, propriétaires indivis du fonds, sont maîtres des livres et du secret d'affaires ; d'ordinaire il y a un ou plusieurs administrateurs. La situation provisoire ne peut être réglée que par la convention ou, en son absence, par l'exercice entier de chaque droit, en tant qu'il ne lèse pas le droit du copropriétaire.

C'est la situation des héritiers avant le partage ; ils ont droit à tout connaître des affaires du défunt qui sont devenues les leurs ; la communication est donc de droit pour eux ; nous n'avons pas besoin de l'article 14 du Code de commerce pour le savoir.

Mais on a prétendu tirer de cet article un droit à communication dans toutes les « affaires de succession ». Légataires particuliers, donataires réductibles, créanciers de la succession bénéficiaire ont voulu se faire remettre les livres. Nous avons dit plus haut que cette prétention doit être écartée ; quel droit sur l'ensemble des affaires ont-ils, ces créanciers d'argent ou d'objets particuliers ? D'intérêt légitime, ils n'en ont pas : le créancier non payé peut faire prononcer la faillite ; le légataire ou le donataire réduits peuvent demander la représentation (1). Alors comment expliquerait-on la brèche faite aux principes généraux par l'article 14 ?

(1) Pour la communication Bédarride, Lyon-Caen et Renault précités.—
Jurisprudence.

Nous nous en tenons donc au droit commun : ceux qui ont un droit réel sur le fonds, peuvent exiger la communication.

Et c'est pourquoi nous nous abstenons de rechercher à quoi l'article 14 fait allusion par ce mot : communauté. S'agit-il de l'indivision ou des rapports entre époux ? Peu importe. La liquidation de la communauté suivra les mêmes règles que le partage de la succession : chacun pourra exercer son droit de propriété sur les livres et les affaires dont ils donnent le résumé.

Nous avons indiqué au contraire que la jurisprudence interprète à la lettre l'article 14 et prétend y trouver une faculté pour elle d'accorder la communication chaque fois qu'il s'agit de succession ou de communauté, alors même que les demandeurs ne sont ni héritiers, ni communs en biens. La mort d'un commerçant permet ainsi à des gens qui, la veille, ne pouvaient que lui réclamer une somme d'argent et dont la situation juridique n'est en rien changée de se faire remettre les livres, simplement parce qu'il y a « succession » et que ce mot est employé par l'article 14.

SECTION III. — Démembrement de la propriété du fonds de commerce.

Dans cette situation, que le fonds appartienne à un seul individu ou à plusieurs, cette propriété est privée de quelques-uns de ses attributs ; un droit réel en est détaché qui limite les pouvoirs du propriétaire. En fait nous ne voyons que deux cas : l'usufruit, le gage ; il en est un troisième qu'après M. Thaller nous n'hésitons pas à rapprocher du second : la faillite.

Le caractère commun est que le commerçant reste maître du fonds, mais que son droit est contrarié, amoindri ; il ne contient plus le *uti, frui, abuti* ; une partie de ces prérogatives est passée à d'autres ; le conflit est possible entre le nu-propriétaire et l'usufruitier, le commerçant et le gagiste (avec la dépossession ordinaire), le failli et la masse qui a pris possession de son gage et va exécuter le débiteur. Le secret d'affaires va être tiraillé entre des mains rivales qui ont intérêt et droit à le saisir ; chaque prétendant a son titre, mais ces titres ne sont plus de même nature, comme dans la société ou la co-propriété : ils sont d'origines, de consistances, de valeurs différentes ; l'égalité n'est plus de mise ici.

§ 1. — Usufuit.

Par testament, donation, convention A est usufruitier d'un fonds de commerce dont B est propriétaire. Quels sont les droits de chacun sur les livres de la maison ?

A jouit du fonds ; il l'administre, le gère et touche les profits ; par suite il n'y a pas de secret d'affaires à son égard.

Mais B, propriétaire du fonds, à qui la jouissance reviendra un jour, peut-il être tenu à l'écart ? Les affaires que traite A augmentent et diminuent la valeur d'un bien qui est dans le patrimoine de B. Comment admettre que A puisse laisser périliter la maison de commerce, compromettre son crédit, contracter avec des producteurs dans des conditions désavantageuses ; écouler des marchandises de mauvaise qualité, perdre une clientèle brillante, désorganiser enfin le personnel, peut-être acculer l'établissement à la faillite par un désordre croissant ? Certes il doit « jouir en bon père de famille » et B

pourra lui faire retirer son usufruit par justice en cas d'abus. Mais c'est là un droit platonique si tout moyen de contrôle est refusé au nu-propiétaire ? Ne conviendrait-il point de lui accorder la communication des livres ? Il pourrait de la sorte se renseigner à tout moment sur la situation exacte et se plaindre, s'il y a lieu, à un moment où sa plainte servirait encore à quelque chose ?

Si on lui refuse ce droit, il lui reste une ressource : la représentation ; mais pour l'obtenir il faut faire un procès, énoncer des griefs précis que l'examen des livres par experts permettrait de vérifier. Doit-on aller plus loin ? Doit-on dire : propriétaire du fonds, il a un droit direct sur les livres et les affaires qui en font partie ; il peut contrôler lui-même la gestion de l'usufruitier et défendre ses intérêts, en portant devant la justice les critiques que son examen personnel des livres lui aura suggérées ? Nous croyons la question neuve en jurisprudence. Mais nous inclinons vers le refus de communication au nu-propiétaire : l'usufruitier a donné caution pour garantir le nu-propiétaire, c'est tout ce qu'on peut lui demander ; il est impossible de l'assujettir à un contrôle gênant et nuisible ; c'est cette solution que conduisent et les principes généraux et les nécessités pratiques.

Rien n'aurait d'ailleurs empêché le titre qui a établi l'usufruit d'organiser ce droit à communication ; en cas de silence l'usufruitier doit garder la libre jouissance et le secret de ses livres (pour la période de l'usufruit et non pour les années précédentes) lui appartient exclusivement. Quand on réglera les comptes d'usufruit, alors on pourra discuter ses actes ; jusque-là il est maître chez lui.

§ 2. — Nantissement.

Nous sommes ici en présence d'une hypothèse purement théorique : il s'agirait des rapports du commerçant et du créancier auquel il aurait remis en gage son fonds, en supposant, conformément à l'article 2076 du Code civil, que la possession ait été effectivement transférée.

La loi du 1^{er} mars 1898, tranchant la fameuse controverse que ce dernier point avait causée, a déclaré le gage suffisamment réalisé par l'inscription sur un registre spécial ; il n'y a donc plus remise de possession et notre question ne peut se poser.

Tout au plus, retournant la situation, le gagiste pourrait-il prétendre à connaître les affaires du débiteur, à suivre les opérations qui augmentent ou diminuent son gage, en l'absence de toute clause de ce genre dans le contrat, aucun principe de droit ne nous paraît justifier cette réclamation.

§ 3. — Faillite.

Nous arrivons au démembrement le plus complet de la propriété d'un fonds de commerce : le négociant ne faisant plus face à ses engagements, ses créanciers se groupent sous le nom de « masse », prennent possession de la totalité de ses biens et se trouvent vis-à-vis de lui à peu près dans la même situation que s'ils constituaient une personne morale, disons le mot, une société à qui le débiteur aurait remis en gage toutes les valeurs qui forment son patrimoine.

Ces notions montrent que, dans le silence de la loi, il eût été possible, au point de vue de notre étude, de constituer une théorie en appliquant les principes du gage

dans les rapports du failli et de la masse, de la société dans les rapports entre créanciers. Mais le Code a statué.

Il y a deux manières de concevoir son système : c'est l'éternelle question du sens de l'article 14 du Code civil. D'après la jurisprudence et la doctrine, cet article a fixé limitativement les cas où la justice peut ordonner la communication ; dans chacun de ces cas le tribunal a un pouvoir discrétionnaire d'appréciation (cette seconde idée, la jurisprudence ne s'en écartera vraisemblablement jamais ; mais elle a moins de respect pour la première).

Or l'article 14 contient le mot « faillite ». Par suite, chaque fois qu'il y a faillite, le tribunal peut ordonner à sa guise communication « suivant les circonstances ». De plus, la loi, au titre des Faillites, a ajouté des prescriptions de détail.

Au contraire, nous croyons que c'est au titre des Faillites que se trouvent les dispositions principales : c'est là que la loi a institué des syndics, des assemblées de créanciers, réglé les pouvoirs et les responsabilités de chacun ; l'article 14 n'est qu'un renvoi à ces dispositions ; il rappelle que le secret des livres sera battu en brèche en cas de faillite et il ne confère à personne de pouvoir discrétionnaire.

Ces deux conceptions essentielles opposées, nous allons passer en revue les divers personnages de la faillite et leur situation au point de vue du secret d'affaires ; nous ne séparerons point, malgré leurs organisations différentes, la liquidation judiciaire et la faillite.

Si nous écartons le Ministère public dont nous avons indiqué les droits à propos de la recherche des délits et des crimes, nous rencontrons : 1° le syndic ou liquida-

teur ; 2° les contrôleurs ; 3° les créanciers ; 4° le débiteur.

1° *Syndic ou liquidateur.*

L'un et l'autre représentent la masse qui leur a donné mission de réaliser le gage ; mais l'un agit seul, l'autre assiste et autorise le débiteur non dessaisi. Au point de vue de leurs pouvoirs d'administration, ils diffèrent ; au point de vue du secret d'affaires, ils ont l'un et l'autre les mêmes droits ; que l'actif soit réuni et réalisé par lui ou sous sa surveillance, le mandataire des créanciers a droit à tout connaître et à tout voir par lui-même : les livres mis sous scellés (art. 458) en sont extraits et remis au syndic (art. 471). Tous les papiers du failli et toute sa correspondance passent sous ses yeux (1). Il lui remet, après examen, les lettres personnelles.

Le syndic, administrateur du gage, exerce dans toute leur étendue, quant à l'administration, les droits d'un propriétaire.

Le liquidateur coopère seulement à l'administration ; quelquefois le fonds est vendu de suite ; souvent le débiteur, assisté du liquidateur, continue à l'exploiter : toujours le liquidateur a sur les livres un droit d'investigation illimité ; aucun contrat ne peut être passé qu'il n'y participe : en résumé le mandataire des créanciers se comporte à l'égard des affaires de la faillite, comme le pouvoir directeur à l'égard des affaires d'une société.

2° *Les contrôleurs.*

Organe nouveau créé par la loi de 1889, il semble que

(1) Le liquidateur se fait-il remettre la correspondance ? Controverse. Pour la négative : Rivière, *Commentaire loi 1889*, n° 439 ; M. Lecomte, *id. loi 1889*, n° 454 ; Coulon, n° 106.

les contrôleurs soient la suite de la loi de 1867 : leurs fonctions ressemblent de façon frappante à celles du pouvoir de surveillance dans la commandite par actions ; seulement ils sont facultatifs, deux au plus et doivent être consultés avant tout procès.

Un point certain : « spécialement chargés de vérifier les livres et l'état de situation présenté par le débiteur et de surveiller les opérations des liquidateurs » (art. 10), ils peuvent à tout moment ouvrir les livres, se faire rendre compte des opérations en cours, des résultats actuels de la gestion. Leur surveillance peut donc être très sérieuse, si elle est active ; ils ont en mains tous moyens de sauvegarder les intérêts des créanciers qui les ont nommés.

3° *Les créanciers.*

Jusqu'ici point de difficulté : la loi a statué et a dit les attributions, les devoirs, les prérogatives de chacun : elle va se taire maintenant et cela en face d'une réclamation énergique et intéressante.

L'intérêt des créanciers à connaître les livres est considérable ; il date de loin : il précède la nomination du syndic et la faillite elle-même. Il naît à l'heure où le commerçant a senti chanceler la prospérité de sa maison : quelquefois pour éviter la chute il lui suffirait d'un peu de crédit et il le trouvera peut-être en montrant ses livres ; mais plus souvent la ruine est à peu près inévitable ; dans l'effroi du dénouement fatal, le négociant commence cette lutte douloureuse que le drame « Une Faillite » (1) a si bien rendue : il fait des efforts terribles pour se relever et ne parvient ainsi qu'à rendre sa chute

(1) De M. Bjoënstierne Bjoërnson.

plus profonde : il berne ses anciens créanciers, en abuse de nouveaux, se sert de toutes les ressources de son crédit, aggrave ses dettes, en dévorant ce qui lui reste.

Pendant cette période les créanciers voudraient bien connaître ce qu'il y a derrière la prospérité apparente, derrière la circulation fiévreuse des effets de commerce et des capitaux : nul doute que s'ils pouvaient ouvrir les livres et, en voyant la situation chaque jour plus mauvaise, arrêter la marche des affaires, ils diminueraient ainsi le préjudice qu'ils doivent finir par supporter. Des créanciers ont manifesté cette prétention ; ils ont demandé à la justice les livres d'un commerçant pour étaler sa ruine et faire prononcer sa faillite.

Les tribunaux ont refusé de les satisfaire : la cessation des paiements seule constitue la faillite ; elle seule permet aux tribunaux d'intervenir.

Juridiquement il n'y a pas de doute : les créanciers n'ont aucun droit sur les livres avant la faillite ; législativement il en doit être ainsi : la liberté individuelle l'exige et elle doit être respectée jusqu'à l'abus évident. D'une façon moins générale il n'y a pas de commerçant qui ne serait sans cela exposé, lors d'une crise passagère, d'un embarras dont il se relèvera facilement, à la panique d'un fournisseur timide ou aux manœuvres d'un concurrent peu scrupuleux.

Mais du jour où la faillite est prononcée, la situation est modifiée : par leurs mandataires, syndic et contrôleurs, les créanciers prennent possession du gage et le réalisent ; ils connaissent par les rapports, les communications, les extraits qui leur sont présentés, les affaires de leur débiteur : de même les actionnaires connaissent la situation de la société et la liste des membres : les

créanciers ont-ils de plus un droit personnel à connaître les détails de la gestion et des opérations passées et présentes ? De façon absolue, comme pour les actionnaires, non ! Mais est-il loisible aux tribunaux de leur reconnaître ce droit, suivant les circonstances ? Toujours comme en matière de sociétés par actions la jurisprudence répond : oui !

La Cour de Paris a décidé par arrêt du 28 novembre 1892 (D. 92.2.78) qu'il en était ainsi, en matière de liquidation judiciaire, comme en matière de faillite : cette assimilation, fondée sur l'article 24, loi 1889, doit être approuvée ; les droits des créanciers en ce qui concerne la connaissance des affaires du débiteur sont les mêmes dans les deux cas : la jurisprudence applique donc logiquement son principe.

Mais nous ne croyons pas que le principe soit exact : l'article 14 du Code de commerce sur lequel on s'appuie uniquement, interprété comme nous l'avons fait, résiste à une telle application : c'est ici la conséquence de la divergence que nous avons signalée : l'article 14 donne-t-il aux juges un pouvoir discrétionnaire dans les cas qu'il cite ? Se réfère-t-il simplement aux droits préexistants ? Nous avons déjà discuté ce point ; il n'y a qu'à appliquer ici les principes adoptés.

Sans revenir sur ces idées générales, nous nous bornons à indiquer, comme à propos des sociétés, des successions, des communautés, qu'aucune idée générale n'expliquerait le pouvoir donné au juge d'ordonner communication des livres à un créancier. Comment ! la masse a un syndic qui jouit de tous les droits ! Ce syndic est surveillé par un juge commissaire, par le tribunal lui-même ; le ministère public intervient à son tour. Enfin, il y a

des contrôleurs qui vérifient à leur guise. Si cela ne suffit pas, il faut renoncer à satisfaire l'assemblée des créanciers : jamais on n'a vu tant de surveillants ! Et syndics et contrôleurs sont révocables ! Si les créanciers n'ont pas nommé de contrôleurs, l'article 9 leur donne le droit d'en élire à tout moment de la liquidation ! Où est donc l'intérêt sérieux de la masse à ajouter son propre contrôle, avec tous les désordres, les pertes de temps et les inconvénients de publicité qu'il entraînera ?

Aussi, ce n'est pas la masse qui demandera communication, c'est un créancier tâtillon et tracassier, au nom de son intérêt personnel ; on doit lui répondre que son intérêt personnel ne compte point ici : il y a des comptes à régler entre une association et un individu ; le système si compliqué et si parfait de la faillite a été organisé pour satisfaire à un intérêt général et non point pour un intérêt privé isolé. Non seulement la loi n'a donné aucun droit aux créanciers individuels sur les livres du failli, mais encore elle a bien fait de réserver ce droit aux représentants de la masse (1).

4° *Le débiteur.*

La situation de ce personnage est tout à fait vague ; il semble bien résulter du système de la faillite qu'il n'a plus aucun droit de contrôle ou d'immixtion. La correspondance, les livres lui sont enlevés avec l'administration ; il recevra les renseignements qu'on voudra bien lui donner pour obtenir des explications en échange : ici aussi il est « dessaisi ».

(1) En ce sens : Jugement de référé, Trib. Seine, 1889, *Annales de droit commercial*, 1889, p. 224, *Journal des faillites*, 1889, p. 439.

Dans la liquidation judiciaire au contraire il joue un rôle actif : il conserve la gestion, participe à la réalisation de l'actif et par suite il connaît les livres, les affaires, la correspondance. Cette distinction doit être appliquée dans ses conséquences à chaque question de détail.

Ainsi le secret d'affaires suit les destinées du fonds auquel il est attaché ; propriété du maître de l'établissement, il subit le contre-coup de tout ce qui amoindrit le droit exclusif du commerçant sur sa maison de commerce ; il se divise avec lui, se démembre, supporte les conséquences du dessaisissement. Voyons maintenant comment il se comporte, détaché de ce droit principal, comment et à qui il est cédé, directement ou par voie de conséquence, mais non plus à la suite d'un démembrement de propriété : disons le mot : droit personnel et non plus réel.

CHAPITRE II

AYANTS DROITS SUR LE SECRET SANS DROIT SUR LE FONDS.

SECTION I. — Règles générales. — Exposition.

De ce que les personnes dont nous allons maintenant examiner les droits sur le secret d'affaires sont étrangères à la propriété du fonds lui-même, il ne faut point conclure qu'il va s'agir ici uniquement d'un droit à la communication des livres, principal, détaché de tout autre rapport juridique plus important ; au contraire, il sera fort rare en pratique, et cela est tout naturel, de rencontrer une pareille situation : la concession du privilège dont nous parlons est ordinairement (pour ne pas dire toujours) accessoire à un autre lien et destinée à assurer l'exécution intégrale de cette obligation principale : la loi ou un contrat ne donne pas à un particulier le droit d'ouvrir les livres d'une maison commerciale pour satisfaire sa curiosité ou un intérêt problématique ; cette prérogative est conférée en fait pour permettre à ce particulier d'accomplir une mission, de s'assurer si des engagements pris à son égard sont exactement tenus ; les exemples pratiques abondent :

A concède à B le privilège de construire et de vendre un appareil que lui-même a inventé ou perfectionné ; il est convenu qu'A recevra, outre une somme fixée, une rétribution proportionnelle au nombre d'appareils ven-

du ; l'examen des livres de B permettra seul de vérifier l'exactitude des déclarations faites par lui.

H est un industriel occupant beaucoup d'ouvriers ; il s'assure contre les accidents professionnels ; la Compagnie s'engage à indemniser les blessés moyennant une prime de 0 fr. 01 par journée d'ouvrier. Le calcul des primes se fera à la fin de chaque année par l'examen des livres.

Un banquier ouvre un crédit à X à condition que chaque inventaire semestriel lui sera communiqué et qu'il pourra réclamer la restitution de ses avances dès que l'inventaire se soldera en pertes.

Ces exemples permettent d'entrevoir l'infinie variété des espèces ; il serait absolument impossible d'examiner tous les contrats qui peuvent se présenter ; ils échappent à l'énumération. Tout ce qu'il est possible de faire c'est d'indiquer les idées générales et d'en suivre l'application dans quelques cas particulièrement intéressants et qui donnent souvent lieu à discussion.

Quoique théoriquement le lien juridique dont il s'agit puisse résulter de la loi, d'un contrat, quasi-contrat, délit, quasi-délit, c'est à l'obligation contractuelle que nous nous attacherons seulement parce que, seule, elle présente un intérêt pratique.

Deux situations doivent être envisagées : 1^o la communication est prévue par une clause formelle du contrat ; 2^o il n'y a pas de clause de ce genre ; mais on prétend qu'elle doit être sous-entendue.

§ 1. — Clause expresse.

Dès que le contrat prévoit le droit d'exiger la communication, soit comme se suffisant à lui-même, soit comme

sanction d'un autre droit, il y a là une obligation parfaitement licite (1) à laquelle s'appliquent les principes généraux : interprétation, preuve, force obligatoire, exécution en nature (v. p. 108) ou résolution en dommages-intérêts.

Une telle stipulation se rencontrera d'ordinaire dans les polices d'assurances, où la quantité de marchandises assurées ne peut être fixée d'avance, mais s'évalue à la fin de chaque période ; l'assuré fait à cet égard des déclarations que des inspecteurs comparent avec les livres tenus dans la période écoulée (comp. : polices flottantes).

Le contrat réglera ordinairement l'étendue et la fréquence des communications ; sinon ce sera une question d'intention à apprécier par les juges du fait.

Mais nous insistons sur cette idée déjà énoncée que les juges n'ont point ici de pouvoir souverain d'appréciation comme en matière de représentation : si la communication leur est demandée par instance principale ils ne peuvent refuser de la prononcer, comme inutile au demandeur, dès qu'il est établi qu'il y a droit en l'espèce. Il en serait autrement si la communication était demandée interlocutoirement au cours d'une instance ; en ce cas, rien ne saurait empêcher le tribunal de déclarer le procès suffisamment instruit et de statuer sur le fond sans s'arrêter à la demande considérée comme moratoire.

En somme, l'application des règles ordinaires ne souffre point de difficultés dans la situation que nous examinons.

(1) A moins, bien entendu, que le secret professionnel ne s'y oppose : un agent de change ne pourrait s'engager par exemple à communiquer son carnet ; voir plus loin.

§ 2. — **Clause non exprimée.**

Nous abordons maintenant l'un des points les plus délicats de cette étude : la question n'a point encore, à notre connaissance, été examinée à un point de vue général et dans le détail tout est controversé.

La difficulté, dans son ensemble, est celle-ci : en quels cas un contrat dont ne résulte pour une partie aucun droit réel sur le fonds de commerce de l'autre, lui donne-t-il droit à la communication du secret d'affaires, alors que le contrat est muet sur ce point.

En d'autres termes : quand la concession d'un tel droit devra-t-elle être considérée comme tacitement consentie, soit que certaines natures du contrat la sous-entendent toujours, soit que certaines stipulations particulières la supposent ; deux exemples éclairciront cette distinction :

a) Certains auteurs soutiennent que le contrat de commission implique par lui seul le droit pour le commettant de connaître les noms des clients du commissionnaire.

b) La vente d'un fonds n'implique pas par elle-même un tel droit. Cependant A vend à B son fonds ; le prix lui sera payé en cinq annuités, égales chacune à un tantième du chiffre brut d'affaires ; la clause de communication est-elle sous-entendue ?

Dans les deux cas il s'agit d'interpréter la volonté des parties ; seulement dans le premier elle s'est référée à un type établi par la loi ou l'usage ; on peut donc ici donner une interprétation plus générale ; d'autre part la Cour de cassation peut dans ce premier cas exercer un contrôle plus fréquent sur les décisions des juges du fait.

Pour établir une règle générale d'interprétation, il faut partir de cette idée que la renonciation ne se présume point : il y a bien renonciation dans le fait d'un commerçant qui se dépouille d'un droit exclusif en permettant à un étranger de s'immiscer dans ses affaires ; et l'on sait quel intérêt considérable il y aurait pour lui à conserver intact ce droit qu'il entame.

On ne devra donc pas sous-entendre tacitement la clause de communication des livres.

Mais faut-il aller jusqu'à dire : cette clause sera sous-entendue chaque fois qu'elle sera le seul moyen permettant l'exécution de l'obligation principale résultant du contrat ?

Une telle règle aurait des conséquences fort différentes suivant la définition qu'on donne de la représentation ; si l'on admet que la représentation est un coup d'œil glissé à la dérobée sur une page des livres sans dessaisissement ni examen intégral, ce qui, on l'a vu, est la définition courante, il arrive ceci : on se trouve fréquemment en fait devant une nécessité absolue de vérifier l'exécution d'un contrat, comme dans les exemples donnés plus haut ; or la représentation telle qu'on l'a définie, est inapplicable à ces espèces : pour vérifier les gains dans la participation aux bénéfices supposée plus haut, le chiffre exact d'affaires dans la vente de fonds payable par annuités, le nombre de primes à payer dans une assurance d'accidents, il faut évidemment un examen général que la doctrine déclare impossible par voie de représentation. On s'en tire en sous-entendant la concession tacite du droit de communication. Ce qui fait que, sous couleur de défendre le secret d'affaires, on arrive en fait à le sacrifier presque complètement,

en accordant la communication en bien des cas où il n'a jamais été dans l'intention des parties de la stipuler.

Dans notre système la règle que nous discutons aurait un sens et une portée tout différents. En effet la représentation, telle que nous l'avons considérée, permet de vérifier l'intégralité des livres ; chaque fois qu'il s'agira de rechercher la preuve qu'un contrat a ou n'a pas été entièrement exécuté et que des éléments de cette preuve existeront dans les livres la représentation permettra de les trouver et de les mettre en évidence. Poser la règle que nous discutons serait dire par conséquent que la clause de communication ne sera jamais sous-entendue, puisque la représentation la suppléerait toujours.

Ceci est inadmissible. Bien que la représentation une fois ordonnée aboutisse toujours à un examen utile et sérieux, cependant il est incontestable qu'elle ne peut satisfaire à elle seule tous les intérêts en cause.

En effet la représentation est une mesure d'instruction judiciaire ; c'est un moyen pour le juge saisi de prétentions contraires de se former une conviction ; c'est une ressource pour trancher un procès ; ce n'est pas un mode de contrôle personnel pour les parties. De là plusieurs inconvénients :

- 1° La représentation entraîne des frais (experts, etc.) ;
- 2° Elle suppose des prétentions portées en justice et dont aucune n'est pleinement justifiée, mais au moins faut-il que chacune s'appuie sur des probabilités : le demandeur en représentation doit donc apporter au moins des présomptions ;

- 3° Par suite le juge, toujours libre de se déclarer suffisamment éclairé, a un pouvoir discrétionnaire pour admettre ou rejeter la représentation. En tous cas il la règle

et les formes qu'il impose peuvent laisser cachés des indices qui, connus du demandeur, pourraient lui servir à préciser sa demande ou à en former d'autres.

Est-il raisonnable de déclarer *a priori* que les parties ont voulu au moment du contrat se soumettre à ces inconvénients, que le créancier n'a pu tacitement se faire réserver un contrôle personnel au lieu de s'en remettre d'avance à la vérification judiciaire de droit commun ?

Nous sommes donc conduits à la règle suivante :

Il y aura droit à communication chaque fois que de la nature, ou des clauses, ou des circonstances du contrat il résultera l'idée que les parties ont entendu réserver à l'une d'elles un droit de contrôle *personnel, normal*, ne réclamant *pas pour s'exercer la situation exceptionnelle d'un procès*.

Naturellement si l'existence de ce droit est contestée ou son exercice gêné, les tribunaux auront à statuer ; mais ils ne pourront qu'interpréter le contrat et appliquer aux circonstances les résultats de cette interprétation. Comme pour la communication expresse, le droit des créanciers peut être limité : périodes d'exercice, totalité des livres ou seulement un d'entre eux, etc., les juges auront à régler ces points d'après l'intention probable des parties.

Ces idées doivent être suivies dans leurs conséquences pratiques. Nous allons donc examiner les cas principaux qui donnent aujourd'hui lieu à controverse et appliquer ces principes.

SECTION II. — Application.

§ 1. — Participation aux bénéfices.

C'est entre patrons et ouvriers ou employés intéressés aux bénéfices que la question de communication des livres s'est posée le plus fréquemment en pratique. On sait que quelques économistes ont cru apercevoir le moyen de faire cesser l'antagonisme actuel du capital et du travail par la généralisation de la participation aux bénéfices et y ont vu le mode de rémunération universel pour l'avenir ; en tous cas il n'est pas douteux que ce procédé adoucit les rapports entre les patrons et leurs ouvriers, qu'il a pris une assez grande extension et semble appelé à des applications de plus en plus fréquentes ; il donne satisfaction aux idées de justice et souvent aux intérêts des deux parties. Mais le caractère et les conséquences juridiques de la clause par laquelle un patron promet à ses subordonnés une part plus ou moins importante des bénéfices annuels de l'exploitation ne sont pas nettement définis ; de là de fréquentes difficultés pratiques : l'une des principales est la question de savoir si les participants doivent s'en tenir à la déclaration qui leur est faite ou s'ils peuvent vérifier les chiffres, dans quelle mesure et comment.

Le patron résiste évidemment au nom du secret d'affaires et du droit privatif qu'il possède sur ses livres ; les participants invoquent d'abord l'idée de société ; ils prétendent que la clause en question crée entre les parties une « société en participation » (c'est-à-dire n'existant pas à l'égard des tiers) où leur apport consiste dans leur industrie.

Si l'on admet cette idée, on en aperçoit de suite les conséquences au point de vue des droits de vérification sur les livres.

Si cette idée est repoussée les participants invoquent la cession tacite.

Nous allons examiner ces deux ordres de considérations :

A. — *La clause de participation et l'idée de société.*

La clause de participation ne se rencontre pas seulement entre patron et employés ou ouvriers ; elle existe fréquemment dans nombre de contrats un peu complexes qui, sans elle, seraient incontestablement des prêts, des louages de choses, etc., de même que le contrat de travail de l'employé serait sans elle un louage d'industrie. Pour ceux-là comme pour celui-ci la question s'est posée, plus délicate à cause de la variété des espèces, de savoir s'ils étaient transformés en contrat de société par cette clause de participation ou s'ils conservaient leur caractère juridique primitif ; il est très difficile, on le verra, de distinguer un bailleur de fonds qui, au lieu d'intérêts, touche une part des bénéfices, d'un associé en commandite.

Au point de vue du droit sur les livres il est rare d'ailleurs que la solution ait un grand intérêt ; car d'ordinaire les contrats dont nous parlons sont rédigés minutieusement et règlent à ce point de vue les droits du prétendu associé, tout en sa faveur le plus souvent ; mais il est impossible de ne pas voir que le cas de l'ouvrier participant est seulement un cas particulier et de résoudre ce problème spécial sans connaître les idées générales de la matière. Nous sommes donc conduit à examiner

d'abord le caractère juridique des contrats qui contiennent la clause de participation aux bénéfices.

La jurisprudence abonde en exemples et cela est tout naturel ; chaque fois que le commerçant ou industriel qui a passé un contrat avec participation tombe en faillite, l'autre partie ne manque pas de se dire créancière de ses avances, tandis que la masse la répute associée ; à l'inverse, en cas de bénéfices considérables, l'industriel voit un prêt dans le contrat de bailliage de fonds et traite son bailleur d'usurier ; le réponse ne se fait pas attendre : on lui réplique que la convention est en réalité un acte de société.

C'est qu'aussi la distinction est fort difficile à faire ; la question s'est déjà posée en droit romain et semble avoir embarrassé les jurisconsultes (Cf. : Loi 44 *Pro Socio* et loi 13 *Pr. verbis*). Voici des exemples, empruntés à la jurisprudence, pour les divers contrats :

Mandat. — Une personne est chargée de gérer la succursale au Havre d'une maison de commerce de Paris, moyennant 500 francs de traitement fixe ou 1/8 des bénéfices à son choix (Rouen, 28 février 1818).

Un commissionnaire chargé de vendre certaines marchandises recevra pour sa part tout ce qui dépasse un certain prix ; c'est ce qu'on nomme souvent « vente à condition » (Rennes, 28 avril 1828). V. aussi Bordeaux, 7 juin 1836.

Louage de choses. — Le propriétaire d'une filature en exploitation la donne à bail pour 12 ans, sous des conditions compliquées, moyennant : 1° un loyer de 25.000 fr. ; 2° une quote-part des bénéfices de 1/8 pour la deuxième année et 1/4 pour les suivantes (Cass., 9 novembre 1869, D. 70.1.219).

Nous indiquons en passant le colonat partiaire et le bail à cheptel.

Prêt. — A remet à B 200.000 francs ; il recevra 25 0/0 des bénéfices annuels de la maison de commerce fondée par B avec cette somme ; c'est A qui nommera le teneur de livres etc. (1).

Pour ce contrat surtout où les clauses sont nombreuses et détaillées il est difficile d'établir une distinction générale. Quand y a-t-il prêt ? Quand y a-t-il commandite ou société en participation ? Il importe de remarquer ceci : c'est que l'obligation de rembourser le versement ne donne aucune indication ; car l'apporteur d'une somme ou effet (aux termes de l'art. 1855, C. com.) peut parfaitement en stipuler le remboursement et se faire donner des garanties dans l'acte de société : il apporte la jouissance de la somme ; il peut même alors stipuler à son profit le prélèvement d'intérêts fixes avant le partage des bénéfices !

Un arrêt de la Chambre des requêtes du 18 mai 1896 (D. 97.1.249) a cru sans doute fournir une réponse décisive à ces questions en déclarant que « le loyer de l'argent, bien qu'affranchi de toute limitation de taux en matière commerciale par la loi du 12 janvier 1886, ne peut consister qu'en des prestations de tant pour cent du capital prêté ».

(1) Voir notamment : Cass., 18 mai 1896, D. 97.1.249 ; 3 août 1875, D. 76.1.81 ; 9 juillet 1885, D. 86.1.301 ; 20 décembre 1893, D. 94.1.224 ; 10 mai 1837, 20 avril 1842, 8 janvier 1872, D. 72.1.194 ; 16 juin 1863, D. 63.1.295 ; Paris, 26 décembre 1873, D. 76.1.81 ; 10 août 1807, D. *J. G. Soc.*, p. 396 ; Grenoble, 18 mars 1887, D. 88.2.305 ; 29 janvier 1870, D. 71.2.76 ; Rouen, 24 juillet 1861, D. 63.1.224 ; Lyon, 21 février 1844, D. 45.2.146 ; Bordeaux, 5 juillet 1860, D. 61.5.458 ; Douai, 23 août 1882, D. 85.2.105 ; Orléans, 18 juin 1838 ; Lyon, 20 août 1849, D. *J. G. Soc.*, p. 397 ; Liège, 16 novembre 1820 ; 9 juillet 1821 ; Trib. comm. Seine, 6 mai 1882, *Gaz. Palais*, 81.82.2.100, etc.

C'est-à-dire qu'il ne saurait y avoir d'intérêts aléatoires ; que, par suite, chaque fois qu'un versement d'argent est accompagné de la clause de participation, il y a société. Ce serait fort simple ; malheureusement, cet arrêt se borne à affirmer et ne donne aucun argument en faveur d'un principe qui contredit toute la jurisprudence et toute la doctrine antérieures ; nous ne voyons, pour notre part, aucun motif à cette prohibition, contraire à la liberté des conventions ; nous ne tiendrons donc aucun compte de cette affirmation non justifiée.

De ces cas particuliers, tirons l'hypothèse générale : à une exploitation que B dirige ou va fonder, A apporte son industrie ou de l'argent ou une valeur quelconque ; il est rétribué par une part des bénéfices qui s'ajoute ou non à une prestation fixe. Quand y a-t-il société ?

Et d'abord il est certain qu'il n'y a pas toujours société ; considérée seule, la clause de participation n'est qu'un procédé de calcul pour la rétribution ; il est impossible que l'on fasse dépendre la nature d'un contrat d'une considération aussi secondaire ; un arrêt très important de la Cour de cassation s'exprime très exactement sur ce point :

« LA COUR : — Sur le premier moyen pris de la violation des articles 1832 et 1855 du Code civil et 23 du Code de commerce : — Attendu que, si la participation aux bénéfices éventuels d'une entreprise est de l'essence de la société, en ce sens que sans cette participation, il n'y a point de société possible, il ne résulte nullement de là que toute convention par laquelle l'un des contractants s'engage à fournir un capital pour l'exploitation d'un commerce ou d'une industrie, constitue nécessairement et quelle qu'ait été l'intention des parties, une société en

commandite dès qu'elle contient au profit du bailleur de fonds la stipulation d'une part dans les bénéfices aléatoires ;

« Attendu que le contrat de société exige, comme conditions essentielles de sa formation, l'intention des parties de s'associer une chose mise en commun et la participation aux bénéfices et aux pertes de l'entreprise (art. 1108, 1832, 1853, 1855)... » (Arrêt du 8 janvier 1872 et conclusions du rapporteur Rau).

Examinons donc la convention supposée au point de vue de ces trois conditions :

1^o *Chose mise en commun*. — Si l'on entend par là que chaque associé doit faire un apport, c'est-à-dire remettre une valeur qui servira à réaliser l'œuvre destinée à produire des bénéfices, cette condition est bien réalisée ; en effet, chaque partie apporte bien, ou son industrie, ou de l'argent (au moins en jouissance), ou des valeurs quelconques. — Si l'on entend qu'il y a constitution d'une masse formée de l'ensemble des apports et que cette masse est la propriété commune des associés, ou appartient à une personnalité plus ou moins fictive, alors, à moins de tomber en des subtilités, il faut bien reconnaître qu'il n'y a point chose commune ; soit le premier exemple donné : A représente au Havre la maison de B ; A apporte son industrie, B sa maison, son achalandage, etc. ; mais B reste propriétaire exclusif de son apport. Cependant l'objection ne porte pas ; car, dans la « société en participation », il n'y a point de fonds social ; l'une des parties, le gérant, qui se montre seule, est propriétaire des apports, à charge de restituer. Voilà pourquoi c'est surtout de la participation que se rapprochent les hypothèses que nous examinons ; et au point de vue de la so-

ciété en participation, il est vrai de dire qu'elles remplissent la première condition.

2° *Participation aux bénéfices et aux pertes.* — Pour les bénéfices, que le partage s'opère par prélèvement ou dans une proportion plus ou moins égale (le prétendu associé a droit dans certaines espèces à 50 0/0 des bénéfices), la condition est évidemment remplie.

En ce qui concerne les pertes, il est certain que l'exonération totale des risques pour l'une des parties « faisant disparaître cette éventualité de perte ou de gain, cette communication de chances et de risques qui peuvent être inégalement répartis entre associés, mais dont l'existence forme le caractère essentiel de tout contrat de société » (V. arrêt de Rouen, 1861, précité en note) est exclusive de toute idée de société. Mais remarquons d'abord que le fait pour un associé de limiter le maximum de sa perte à son apport est parfaitement licite ; la jurisprudence a même déclaré souvent et avec raison qu'il y avait encore risque suffisant quand cette éventualité consistait même en la possibilité pour l'associé de perdre la jouissance de son apport ou d'une partie :

Voici le sommaire de deux arrêts où ces points sont fixés très nettement par la Cour suprême :

Arrêt de rejet du pourvoi formé contre un arrêt de Paris (8 avril 1892).

« La clause par laquelle une personne s'engage à rembourser à une autre le montant intégral des sommes que celle-ci lui a avancées pour l'exploitation d'un fonds de commerce sans être en droit de lui faire supporter les pertes pouvant résulter de l'exploitation dudit fonds n'est pas contraire à la règle de l'article 1855 du Code civil et par suite n'est pas exclusive du contrat de société, alors

que les sommes avancées et mises en commun consistaient dans la jouissance d'un capital dans les termes de l'article 1855 du Code civil laquelle restait nécessairement soumise aux pertes qui viendraient affliger la société, la partie qui avait avancé les fonds étant exposée à ne rien retirer de l'intérêt de ses fonds.

Et les juges peuvent, sans violer la loi, attribuer à une convention de cette nature les effets d'une société et non ceux d'un prêt » (Cass., 20 déc. 1893).

Second arrêt : « Le contrat par lequel une partie s'engage à verser à des associés en nom collectif une certaine somme d'argent comme mise sociale sans remboursement stipulé et à titre de commandite, en leur cédant à forfait sa part dans les bénéfices futurs de la société, constitue non un prêt usuraire, mais une convention valable de société alors que le commanditaire conserve ses droits sur le fonds social et en a d'ailleurs reçu sa part à la liquidation.

« La stipulation par laquelle un des associés est affranchi de toute contribution aux pertes est nulle comme contraire à l'essence de la société, mais cette nullité ne saurait être encourue lorsque l'apport de l'associé reste dans une certaine mesure réellement exposé aux pertes.

« Il en est ainsi spécialement dans le cas où le commanditaire ayant cédé sa part de bénéfices à quelques-uns de ses associés moyennant une prestation annuelle payable pendant la durée de la société seulement le juge constate qu'à l'époque où elle était conclue cette stipulation ne pouvait exonérer le cédant de toute chance de perte du capital par lui engagé » (Cass., 9 juillet 1885).

Ces idées étant acceptées, il est évident qu'il y aura presque toujours contribution possible aux pertes ; que

l'apport consiste en travail, en capital ou en toute autre chose, le risque n'en subsistera pas moins pour le participant d'avoir livré son apport sans en recevoir la contrepartie ; l'existence d'appointements fixes auxquels ne s'ajouteront pas les primes exposées ne fait pas obstacle ; et seules des combinaisons exceptionnelles obligeront la jurisprudence (V. quelques arrêts cités) à annuler une société de ce chef.

3^e *Intention des parties de s'associer.* — Les deux autres caractères de la société n'ayant point fourni de critérium, c'est celui-ci qu'il faut bien invoquer ; après Ulpien, Cujas, Domat, etc., la jurisprudence moderne en use largement ; les innombrables arrêts intervenus en notre matière prennent pour unique fondement le plus souvent l'intention des parties ; et la Cour de cassation a maintes fois déclaré (V. presque tous les arrêts cités) que sur ce point l'appréciation des juges du fait est souveraine. Voici un attendu d'un arrêt de la Chambre des requêtes du 9 novembre 1869 (D. 70.1.213) :

« Attendu que pour décider que l'acte du 23 janvier 1861, constituait non une société en nom collectif mais un simple contrat de bail, l'arrêt se fonde sur l'intention des parties résultant des stipulations de l'acte et de l'exécution qu'il a reçue, que cette appréciation de l'intention des parties ne rencontre aucun principe de droit et ne saurait tomber sous la censure de la Cour de cassation... rejette. »

Les tribunaux recherchent donc, d'après la profession des parties, l'exécution du contrat, la correspondance, les clauses de la convention relatives à l'immixtion du pseudo-associé dans la nomination du personnel, la tenue des livres, la direction des affaires, etc., si les contrac-

tants ont eu *l'intention* de réaliser une société ou un prêt ou une autre convention ; il est évident que le titre donné au contrat ne saurait entrer en ligne de compte ; peu importe la qualification extérieure, c'est l'essence de la convention qu'il faut envisager.

Ceci est parfait ; la formule est excellente ; reste à la serrer d'un peu plus près. Qu'est-ce que l'intention de s'associer ? Jusqu'ici nous l'ignorons tout à fait ; car si l'on entend par là simplement que les parties ont voulu former une société, comme nous n'avons pas encore vu ce qui différencie la société des autres contrats qui lui ressemblent, la formule ne signifie rien ; quand on parle de l'intention de vendre ou de faire tout autre acte juridique, on s'entend parce qu'on a auparavant défini la vente ou l'acte juridique en question ; qu'on l'a distingué des autres à certains caractères ; mais ici nous savons que la société comporte : 1° un apport ; 2° une contribution aux pertes et aux bénéfices ; or ces caractères se retrouvent dans tous les contrats litigieux ; il n'est pas raisonnable de demander aux parties « avez-vous entendu faire une société ou un prêt » à moins de leur dire : il y a telle différence entre le prêt et la société.

« Intention de s'associer » signifie donc autre chose pour nous ; cela veut dire qu'il n'y a pas société sans la présence au contrat d'un élément nouveau, spécial, exceptionnel, caractéristique : la volonté commune des parties de s'unir pour une œuvre trop lourde à un seul, d'établir entre elles une communauté d'efforts, d'intérêts, une collaboration effective et réciproque ; ce n'est pas A qui vient aider B de ses capitaux ou de son industrie et en reçoit une rétribution proportionnelle ou non à la nécessité ; A et B s'aident mutuellement, donnent

chacun leur travail, leur argent, ou toute autre valeur pour aboutir à un résultat commun. Or collaboration, aide mutuelle, communauté cela suppose l'égalité.

Egalité ne veut pas dire que tous les associés auront les mêmes avantages, les mêmes charges, pas plus que « égalité » dans la déclaration des droits de l'homme ne veut dire que tous les hommes seront placés dans des situations identiques ; cela signifie que l'un des associés ne doit pas être dans la dépendance de l'autre, qu'il est comme lui une partie de l'organisme social où il joue un rôle différent sans doute, mais où il a sa place à lui, qu'on ne peut l'en faire sortir quand il a cessé de plaire. Chaque associé a ses droits et ses devoirs spéciaux, mais il est chez lui dans la société ; il n'y rencontre pas chez un co-associé une prédominance, une supériorité qui l'écrasent et le réduisent à l'état d'un instrument passif ou d'un débiteur prêt à accepter toutes les conditions d'un bailleur de fonds.

Rien ne nous semble plus opposé à la société que l'idée de dépendance, de subordination ; et peut-être est-ce là la cause de la fameuse prohibition de l'article 27 du Code de commerce ; on sait quelles difficultés la commandite a rencontrées pour devenir une société (1) ; c'est qu'elle résiste un peu à cette notion d'égalité ; sans la défense d'immixtion le bailleur de fonds y aurait surtout joué un rôle prépondérant ; il aurait pu devenir le maître absolu de la situation ; la loi a défendu violemment les droits du gérant ; elle a même été très loin dans cette voie.

(1) V. sur le contrat de command et son histoire la très intéressante thèse de M. Van der Nott (Rousseau, 1898), *De l'organisation des sociétés civiles dans leurs rapports avec les tiers*, II^e partie, chap. I.

Voir aussi les études de M. Saleilles, *Ann. Dr. comm.*, 1895-1897.

Voilà donc le critérium que nous proposons : là où une partie seule aide l'autre, il y a dépendance ; donc pas de société ; là où elles s'aident mutuellement, égalité donc société. Il ne reste en pratique qu'à rechercher dans chaque espèce, en suivant les procédés très judiciaires de la jurisprudence actuelle, si les parties ont voulu se subordonner l'une à l'autre ou marcher la main dans la main.

Dans tous les contrats où ce dernier caractère se rencontre, il faudra appliquer les règles de la société relatives à la communication des livres ; tout associé a droit à les connaître et les vérifier dans leurs détails ; pour les autres contrats il ne reste que la ressource d'invoquer la cession tacite.

Il est facile maintenant de répondre à la question que nous avons posée : la participation aux bénéfices accordée aux employés ou ouvriers constitue-t-elle une société ?

Il est inutile d'entrer dans de longs développements pour montrer qu'il n'existe aucune égalité, aucune collaboration réciproque entre le patron et ses subordonnés ; la situation inférieure de ceux-ci, leur discipline plus ou moins étroite, la faculté pour le patron de les renvoyer, d'augmenter ou de diminuer leur nombre sont incompatibles avec l'idée de société. Ceci qui est évident pour les ouvriers (imprimerie Chaix, etc.) (1) l'est encore pour les commis souvent moins nombreux et engagés d'une manière plus stable, pour une durée fixe par exemple ; ils n'en sont pas moins aux ordres du patron ; la hiérarchie est exclusive ici encore de la société.

(1) Serait-il sérieux de soutenir, par exemple, qu'il y a société entre l'État et les employés qui, sur le réseau de l'État, jouissent de la participation aux bénéfices ?

Si maintenant, comme il arrive fréquemment, un ou plusieurs employés ont placé leurs économies dans la maison de commerce et reçoivent à ce double titre une part des bénéfices il y a là question de fait à trancher d'après les principes que nous avons dégagés : la nature de l'apport (industrie ou argent) importe peu ; l'esprit du contrat doit seul être envisagé.

Malgré un arrêt de Lyon du 27 août 1835 (S. 37.2.112) qui déclare « qu'un commis intéressé doit être assimilé en tout à un associé, dans ses rapports avec ses chefs en ce qui concerne son émolument ; qu'ainsi les premiers juges ont bien jugé en nommant un arbitre », la jurisprudence et la doctrine sont à peu près unanimes (1) pour refuser le caractère de société à la participation aux bénéfices.

B. — *La clause de participation et la cession tacite de communication.*

Repoussés sur ce terrain les participants n'en prétendent pas moins avoir droit à connaître les livres de la maison qui les emploie ; entre eux et le patron, il y a louage de services, soit ; mais la clause de participation, en leur conférant des droits sur une part des bénéfices, leur donne le droit de connaître ces bénéfices eux-mêmes ; la déclaration que le patron fera chaque année est insuffisante, car elle peut être fausse ou inexacte ; les ouvriers

(1) Citons notamment : Alauzet, I, n° 140 ; Bédarride, *Soc.*, I, n° 13 ; Bravard, I, p. 165 ; Pardessus, IV, n° 969 ; Pont, *Soc. civ.*, n° 87 ; Boistel, p. 115 ; Lyon-Caen et Renault ; Thaller, p. préc.

Nîmes, 20 juillet 1864, D. 66.2.57 ; Rennes, 17 juin 1870, D. 73.1.311 ; Paris, 7 mars 1835, S. 37.2.235 ; Lyon, 21 février 1844, D. 45. 2. 146 ; Rouen, 28 février 1848, D. J. G. Soc., p. 393 ; Trib. comm. Nantes, 22 août 1885, *Recueil Nantes*, 86.1.107 ; Bordeaux, 15 mai 1846, S. 47. 2.43 ; Aix, 7 janvier 1880, D. 80.2.223 ; Req., 21 février 1831 (appréciation souveraine des juges), S. 31.1. 249.

n'ont-ils pas le droit de la vérifier, de la comparer aux énonciations des livres, par suite, d'examiner la sincérité des livres eux-mêmes ?

Il importe de bien préciser que c'est la communication qu'ils réclament ainsi ; nous nous sommes suffisamment expliqué sur la représentation des livres, mesure d'instruction judiciaire que les tribunaux peuvent ordonner d'office dans tous les procès de ce genre ; il n'y a pas de doute par conséquent : ce procédé de vérification appartient aux participants ; ajoutons qu'ils ne peuvent y renoncer, car elle ne dépend pas d'eux : ils ne sauraient enlever par contrat à la justice, un droit d'instruction que la loi lui donne.

Mais ceci est loin d'être absolu et en effet les participants ont pu s'enlever le droit de faire le procès qui donnerait lieu à représentation, par suite ils ont renoncé indirectement à la représentation ; voici comment la question se présente :

Dans un grand nombre de cas on ne saurait parler de cession tacite parce que les droits sur les livres sont fixés par le contrat de façon expresse ; les clauses de ce genre rentrent dans trois catégories :

1° Les participants feront examiner les livres et vérifier les déclarations dans des conditions et à des dates fixées, par des mandataires, choisis d'avance soit par eux, soit d'accord avec le patron, ou nommés à chaque inventaire, etc. Ceci est la communication réglée par le contrat ; telle est en pratique la combinaison la plus heureuse et la plus avantageuse pour toutes les parties.

2° Les participants s'en remettent au comptable de la maison ou, d'une façon générale, à un mandataire du patron et s'interdisent toute réclamation à l'égard de ses

dires ; cette sorte de compromis est parfaitement licite ; elle obéit aux règles ordinaires et fait obstacle à une instance judiciaire.

3° Les participants s'en remettent aux déclarations du patron lui-même et renoncent à tout droit de vérification (non seulement personnelle, ce qui laisserait subsister la représentation, mais même judiciaire). Cette clause a été très discutée (1). On a soutenu qu'elle était une condition potestative pour l'obligé, que, par suite, l'obligation était nulle (art. 1174, C. civ.) ; d'où la conséquence que le patron ou ses héritiers, n'étant liés par rien, peuvent se dispenser à leur guise de verser les parts de bénéfices promises. Cette opinion nous semble devoir être repoussée ; nous ne croyons pas qu'il y ait là condition potestative : la volonté du patron est enchaînée, seule sa bonne foi peut faire varier le quantum de l'obligation (*Sic* : Lyon-Caen et Renault, p. 274 ; Grenoble, 21 février 1865, S. 66.2.41).

Dès lors que la clause est validée, elle devient absolument obligatoire ; il est sans doute pénible de refuser tout contrôle à ces ouvriers qui n'ont certes pu discuter la clause d'égal à égal et qui ont dû accepter ce qu'on leur a offert ; mais la convention fait la loi des parties ; le procès qui pouvait donner lieu à représentation leur est interdit et ils ont, par suite, indirectement renoncé à cette vérification judiciaire. Peut-être au cas de fraude, de dol bien caractérisé pourrait-on adoucir cette solution : *fraus corrumpit omnia*...

Un projet de loi à l'étude depuis longtemps (2) fixerait

(1) Sur toute cette matière, voir le très intéressant article de M. Crouzel dans la *Revue de l'Académie de Législation de Toulouse*, année 1889-90.

(2) Ancien projet sur les coopérations et la participation aux bénéfices (Projet Floquet, voté en juin 1889 à la Chambre, discuté au Sénat en 1892 et 1896).

ces solutions. Son article 32 décide que la renonciation à tout contrôle est parfaitement licite ; si le contrat ne contient aucun règlement sur ce point, la vérification sera faite par un expert amiablement désigné ; si l'entente ne se faisait pas, l'expert serait nommé par le Président du Tribunal de commerce. En attendant le vote peut-être lointain de cette loi sur les participations aux bénéfices, voyons ce qui doit être décidé aujourd'hui dans ce cas du silence du contrat.

Soit donc un contrat qui confère à des commis ou ouvriers le droit d'exiger à chaque fin d'année un tantième des bénéfices de la maison qui les emploie ; aucune clause ne fixe leurs droits de vérification. Peuvent-ils exiger la communication en vertu d'une cession tacite ?

Malgré la vive controverse qui s'est élevée sur ce point, nous n'hésitons pas à répondre affirmativement. Il nous suffit pour justifier cette opinion, de rappeler le principe posé plus haut (p. 163) : la cession tacite doit être admise chaque fois que le droit de vérification a été considéré dans le contrat comme un droit normal, personnel, ne réclamant pas pour son exercice l'hypothèse exceptionnelle d'un procès. Or voici un patron qui dit à son employé : « Vous allez me consacrer votre industrie ; en échange, je vous paierai un prix de 1000 francs par an plus 1 0/0 de mes bénéfices. » Les parties ont-elles pu penser que le commis n'aurait pas à la fin de chaque année de droit personnel, normal, de connaître la base sur laquelle ses appointements seront calculés ? Dès lors qu'il n'a pas été convenu que la déclaration du patron ferait loi, est-il naturel de supposer que le commis n'aura pas le droit de la discuter, de la vérifier, de refaire personnellement les calculs sur des éléments certains ? Nous

avons indiqué que la représentation appartient au juge seul, qu'il est libre de l'accorder ou de la refuser selon la vraisemblance des allégations portées devant lui dans un procès. Est-ce cette vérification conditionnelle, aléatoire dans son exercice, coûteuse en tous cas, que les parties ont envisagée ?

Ainsi en nous référant à l'idée générale plus haut développée, nous sommes fatalement conduit à reconnaître aux participants le droit à la communication des livres (1).

Si nous écartons l'objection habituelle tirée des termes limitatifs de l'article 14 du Code de commerce sur laquelle nous nous sommes surabondamment expliqué, nous rencontrons l'objection sérieuse : elle consiste dans le danger que présente pour une maison de commerce la révélation de tous ses secrets à un grand nombre d'employés qui peuvent la quitter du jour au lendemain et faire profiter des concurrents de ce qu'ils ont ainsi appris. Admettre cette solution c'est, dit-on, ruiner le secret d'affaires ; d'ailleurs comment une centaine ou quelques centaines d'ouvriers sans instruction pourront-ils vérifier utilement une comptabilité ? Nous ferons une triple réponse :

1° L'objection ne porte pas dans le plus grand nombre des participations ; en effet le plus souvent c'est dans de grandes entreprises exploitées par des sociétés anonymes que la participation est admise (Bon Marché par exemple) ; en ces cas la vérification est faite par les actionnaires selon les règles étudiées plus haut. Les droits

(1) *Contrà* : Crouzel, art. cité ; Ruben de Couder, *L. de com.*, n° 30 ; Devill., *id.*, n° 22 ; *Sic* : Bédarride, n° 292 ; Alauzet, t. 2, p. 375 ; Bravard, I, p. 145 ; Aubry et Rau, t. 8, par. 737, note 16, p. 273 ; Lyon-Caen et Renault, p. 273.

de vérification des participants ne portent pas plus de préjudice que ceux des actionnaires. Il y a là une vérification publique.

2° S'il y a danger à livrer la comptabilité à l'examen des participants, il suffisait de le prévoir dans le contrat et de recourir à l'une des clauses mentionnées plus haut ; on pourra même en général introduire cette clause en un contrat nouveau que tout le monde acceptera volontiers.

3° Enfin il est certain en fait que les ouvriers ne se livreront pas en masse à une pareille vérification qui leur serait impossible, ils désigneront quelques-uns d'entre eux ou des tiers plus capables et il y aura une sorte d'expertise par des mandataires amiables.

C'est en somme cette dernière solution à peu de chose près qui sera consacrée par le projet de loi à l'étude.... quand il sera voté.

Le droit à la communication des livres et des inventaires permet au participant de discuter utilement les énonciations qu'il y trouve ; il relèvera les erreurs volontaires ou involontaires de la comptabilité de manière à fixer à son véritable chiffre la part de bénéfices qui lui appartient.

Mais il ne saurait naturellement, *n'étant pas l'associé du patron*, critiquer la gestion elle-même, se plaindre de telle faute de direction, réclamer des économies par exemple ; en un mot il ne peut s'immiscer dans l'administration de la maison ; il est employé et non propriétaire. C'est ce qu'établit fort bien un jugement du tribunal de commerce de Nantes du 7 janvier 1891 (*Rec. Nantes*, 1891.1.137) : dans cette espèce le commis intéressé avait la prétention de faire retrancher des frais de la maison les dommages-intérêts auxquels elle avait été condamnée pour concurrence déloyale.

Étant donnée la confusion qui s'est souvent établie entre la représentation et la communication, il est fort difficile de dire en quel sens la jurisprudence se prononce sur la question que nous venons de discuter.

Cependant on peut citer dans le sens de la communication :

Bourges, 7 août 1827, D. 32.1.388 ; Amiens, 27 juillet 1875, 12 février 1877, D. 77.1.112 ; Bordeaux, 30 janvier 1872, S. 72.2.66.

En sens contraire :

Grenoble, 27 juin 1867, S. 68.2.223.

Un jugement d'Amiens du 24 décembre 1858 (D. 59.2.182), un arrêt de Nîmes du 20 juillet 1864 (D. 66.2.57) et beaucoup d'autres décisions de justice s'expriment en termes très vagues.

Signalons un jugement du Tribunal de la Seine (S. 37.2.235) qui avait émis cette idée singulière que le commis intéressé était tenu de s'en rapporter à la déclaration du patron en vertu de l'article 1781 du Code civil aujourd'hui abrogé : un arrêt de la Cour de Paris du 7 mars 1835 a infirmé cette décision sans d'ailleurs se prononcer nettement sur la question de communication.

Enfin nous citons en note le texte d'un jugement de Nantes (18 février 1871) et d'un arrêt de Rennes qui l'infirmes en partie (29 juin 1871, D. 72.2.135) (1) ; les considé-

(1) Rennes, 29 juin 1871.

Jugement de Nantes, 18 février 1871.

Attendu qu'il est raisonnable et juste que le commis intéressé puisse en cas de doute acquérir la certitude que les comptes de bénéfices à lui présentés sont exacts, que, par conséquent, la part qu'on lui attribue est bien celle qu'on lui doit ; qu'en présence de ce droit et alors qu'aucune restriction n'y est apportée par les conventions, il n'y a point à rechercher si dans l'instance actuelle le demandeur cède aux inspirations d'un

rants ont l'avantage de bien résumer le débat qui s'élève en pratique ; la solution d'équité qui est ordonnée nous semble une communication partielle et malgré toutes les

esprit soupçonneux ;

Attendu d'autre part que les livres du commerçant constituent une partie essentielle de son avoir, puisqu'ils contiennent inévitablement l'indication des moyens qui lui ont servi à réaliser ses bénéfices ; que cette propriété lui appartient sans partage et à l'exclusion du commis intéressé qui n'a droit qu'aux résultats acquis ; qu'introduire un tiers dans le secret des écritures du commerçant serait commettre à son égard une injustice et lui causer un dommage ; que le fait aurait un caractère de gravité tout particulier si le tiers mis en connaissance des écritures était un commis intéressé, sortant de la maison du patron, puisqu'ainsi ce commis aurait la faculté d'emporter avec lui soit pour les communiquer à une maison rivale, soit pour les tourner à son propre avantage, les moyens d'action et les éléments de bénéfice du patron qu'il abandonne ; que ce cas particulier est celui de Jigouzo qui, au sortir de la maison d'Hennau, embrasse l'industrie de ce dernier ;

Attendu qu'entre ces deux situations qui se contrarient mutuellement, il existe un point de conciliation qui consiste à faire examiner les livres de Hennau et vérifier l'exactitude de ses comptes par un mandataire de justice ; que tel est précisément le moyen de vérification indiqué et offert par Hennau.

Par ces motifs, dit que Hennau ne sera point tenu de donner communication de ses livres à Jigouzo ; que ses livres seront soumis à l'examen de l'arbitre expert, M. Fourcade, dans les parties qui intéressent le demandeur, sauf à celui-ci à donner à l'arbitre telles indications qu'il croira utiles ; dit que M. Fourcade déposera un rapport au greffe pour être jugé, etc.

Appel par Jigouzo. Arrêt :

La Cour,

Considérant que l'unique question qui soit soumise sur l'appel à l'appréciation de la Cour est celle de savoir si Jigouzo, auquel Hennau, entrepreneur, fournit un compte des opérations auxquelles il s'est livré pendant que Jigouzo était son commis intéressé pour une part dans les bénéfices, est fondé à réclamer le droit de prendre personnellement au cabinet de l'arbitre expert Fourcade, sans déplacement et sous les yeux et le contrôle de celui-ci, communication des livres de commerce et autres pièces justificatives qui y ont été déposées par son patron ; ou si au contraire, ainsi que l'a décidé le jugement attaqué, Hennau n'étant pas tenu à faire à son ancien commis la communication de ses livres, ceux-ci seront soumis à l'examen de Fourcade dans les parties qui intéressent l'appelant, sauf à celui-ci à donner à l'arbitre telles indications et à s'en faire délivrer par

précautions prises par l'arrêt, cette décision paraît pouvoir être citée dans notre sens ; on verra en effet que le commis ne concluait pas formellement dans l'espèce à la communication.

lui les extraits qu'il croira utiles.

Considérant qu'il est de principe que tout oyant compte a le droit de vérifier l'exactitude du compte qui lui est présenté et par voie de conséquence d'examiner les documents et pièces justificatives qui en composent les éléments ; considérant que c'est avec raison qu'il a été reconnu par les premiers juges qu'il est juste que le commis intéressé puisse en cas de doute acquérir la certitude que les comptes de bénéfices à lui présentés sont exacts, que par conséquent la part qu'on lui attribue est bien celle qu'on lui doit ; que d'autre part et avec raison aussi, ils ont considéré que les livres d'un commerçant étant sa propriété et contenant sur ses opérations commerciales des renseignements et détails d'une nature confidentielle et intime dont il importe de garder le secret, la communication ou la représentation de ces livres à des tiers n'en doit être ordonnée qu'avec une circonspection extrême dans les cas spécialement prévus par la loi et en l'entourant des garanties nécessaires ; que comme moyen de conciliation entre ces deux situations qui semblent se contrarier, le jugement attaqué a ordonné que l'examen des livres d'Hennau serait confié au mandataire de justice chargé de la vérification du compte et ce, non seulement sans l'immixtion personnelle, mais même à l'exclusion de l'examen par l'oyant compte lui-même ; considérant que cette disposition est trop restrictive des droits de l'appelant, qu'alors que celui-ci ne conclut pas à ce qu'il lui soit donné communication des livres de son patron dans les termes de l'article 14 du Code de commerce, et qu'il borne ses prétentions à être admis dans le cabinet en présence et sous le contrôle de l'arbitre expert, à faire la vérification des parties de la comptabilité de l'intimé concernant les opérations dans lesquelles il est intéressé, ce serait paralyser son droit que de lui interdire d'en prendre une connaissance personnelle ; que toutefois il y a lieu de prescrire l'emploi de certaines précautions pour que cette faculté ne puisse donner lieu à aucun usage abusif ;

Par ces motifs, infirmant, dit et juge que l'appelant sera admis à vérifier personnellement dans le cabinet, en présence et sous les yeux de l'arbitre et sans aucun déplacement, la portion des livres de l'intimé y déposés, concernant seulement les opérations dans les bénéfices desquels il avait droit à une part déterminée et pendant la période qu'ont duré ces opérations ; ordonne que, par les soins de l'arbitre expert, des bandes scellées de son sceau soient apposées sur toutes les parties des livres étrangères aux opérations et à la période dont il vient d'être question ; dit que la vérification personnelle à laquelle l'appelant est admis, ne pourra excéder un délai de 15 jours sans interruption, passé lequel les bandes apposées sur les livres seront levées.

Quant aux autres contrats dont nous avons parlé, où la clause de participation s'adjoint à des ventes, louages, mandats, etc., si nous écartons ceux d'entre eux auxquels *en fait* on aura reconnu le caractère de société avec ses conséquences connues quant aux livres, il est rare que la question de communication ne soit pas résolue par le texte même de la convention ; une surveillance très large est généralement offerte au bailleur de fonds, ou d'une façon générale à celui dont les droits dépendent des énonciations des livres.

Dans le silence du contrat d'ailleurs les motifs précédemment donnés conduisent à une solution analogue ; c'est bien entendu une question de fait : lequel a renoncé du commerçant à son droit privatif sur ses livres ou du participant au droit de contrôle ? Mais presque toujours il faudra, croyons-nous, sacrifier le secret d'affaires par la même raison qui conduit à accorder la communication aux ouvriers intéressés ; il ne serait pas naturel de penser que l'une des parties s'en remet, sans le dire expressément, à la discrétion de l'autre, ne se réservant tacitement que le droit, en cas de fraude évidente, de la faire découvrir par un tribunal.

En résumé la clause de participation n'entraîne point forcément l'existence d'une société entre les parties ; elle est fréquente hors de la société.

Elle ouvre généralement droit à la communication des livres dans le silence du contrat ; mais c'est une solution de fait qui échappe à la censure de la Cour suprême.

La renonciation du participant à ce droit est parfaitement licite ; elle laisse subsister le droit ordinaire à faire prononcer par les tribunaux la représentation. C'est même en ce sens qu'il faudra généralement interpréter la re-

nonciation à toute vérification personnelle, spécialement dans le cas des ouvriers participants, et il faudra une clause bien formelle de renonciation à toute réclamation judiciaire pour que, la voie d'un procès étant fermée, la représentation même soit déclarée impossible.

§ 2. — Commission.

A. — *Le commissionnaire doit rendre compte.*

La question du secret d'affaires a été fréquemment soulevée dans les procès entre commettants et commissionnaires ; nous avons donc à rechercher quelles sont à ce point de vue les conséquences juridiques du contrat de commission.

Le commettant a donné ordre de vendre ou d'acheter à des conditions fixées ; le commissionnaire lui donne avis de l'exécution du mandat et réclame sa commission ; il se borne d'ordinaire à produire des factures de vente ou d'achat anonymes et n'indique point à qui il a livré les marchandises ou de qui il les tient ; si son mandant demande des précisions il les refuse, invoquant le secret de ses affaires qui n'appartient qu'à lui ; vis-à-vis des tiers il a traité sans faire connaître son commettant, vis-à-vis du commettant il ne veut pas davantage faire connaître le nom des tiers ; son intérêt est d'ailleurs parfaitement avouable, car s'il révèle la composition de sa clientèle, acquise, rassemblée à force de soins et de démarches, ne peut-il craindre que son commettant se dispense à l'avenir de ses services et traite directement avec ces clients, faisant ainsi l'économie du droit de commission et le spoliant du produit de son travail ?

L'intérêt légitime du commettant n'apparaît pas de

suite, car, si nous exceptons la commission de vente à crédit où il a évidemment intérêt à connaître son débiteur, en quoi le nom du tiers vendeur ou acheteur au comptant peut-il l'intéresser ? A plus forte raison dans le cas où le commissionnaire est *ducroire*, c'est-à-dire garantit la solvabilité du client, où est l'intérêt du mandant ? Cet intérêt existe dans tous les cas et il consiste en ceci : la jurisprudence et la doctrine sont aujourd'hui d'accord pour décider que le commissionnaire ne peut se porter contre-partie de son mandant sans le prévenir, qu'il ne peut prendre le marché pour son propre compte : cela pour deux raisons : 1° qu'il défendra évidemment avec moins de zèle les intérêts qui lui sont confiés si son intérêt propre est contraire ; 2° qu'il ne peut toucher une commission quand le client qu'il devait procurer n'existe pas (1).

Ce point étant hors de controverse, le mandant ne peut se défendre contre cette atteinte portée à ses droits (fraude extrêmement fréquente, en coulisse surtout) qu'en exigeant le nom des tiers ; les commissionnaires pourraient sans cela frauder tout à leur aise et sans danger : bien placés pour juger l'opération, ils la prendraient pour leur compte chaque fois qu'elle leur paraîtrait avantageuse. Ainsi l'intérêt du commettant existe dans tous les cas et la clause de *ducroire* ne modifie rien à la situation quoi qu'il paraisse au premier abord.

Tels étant les intérêts en présence, voyons quels sont les droits invoqués de part et d'autre. Du côté du com-

(1) *Sic* : Thaller, n° 935 ; Trib. comm. Seine, 7 mai 1897, 29 avril 1897, 22 mai 1897, *G. Palais*, 1897.2, p. 143 et s. ; Trib. comm. Seine, 12 mars 1898, *Droit*, 20 avril 1898 ; Le Havre, 14 décembre 1897 ; Le Havre, 25 novembre 1897 ; *Rec. Havre*, 1898.1.57.

missionnaire nous savons d'avance qu'il invoque son droit au secret de ses affaires et de ses livres ; ce droit doit lui être reconnu en principe comme à tout commerçant ; la question ici va être de savoir s'il a concédé tacitement, par le contrat de commission qu'il a accepté, un droit d'investigation plus ou moins étendu au donneur d'ordre. A-t-il lui-même ouvert une brèche dans son droit exclusif, et de quelle importance est-elle ?

Le commettant invoque les principes du mandat et l'article 1993 du Code civil ; le commissionnaire est un mandataire, soumis à l'obligation de rendre compte à son mandant (renvoi au Code civil : art. 94, C. com.) ; il doit donc justifier de l'exécution de son mandat, montrer qu'il a suivi les ordres reçus et accompli sincèrement sa mission sans en retirer aucun bénéfice illicite. Il doit donc produire les pièces comptables et fournir tous les renseignements relatifs à l'exécution de son mandat avec des preuves à l'appui : ce qui naturellement implique la révélation du nom des clients et de toutes les circonstances de l'affaire. En acceptant la commission le mandataire s'est tacitement engagé à subir ces nécessités.

Il est manifeste que le commissionnaire, en se soumettant aux principes qui régissent le mandat s'est, en effet, astreint à certaines justifications et a par suite renoncé au moins en partie à son droit au secret ; mais avant de rechercher dans quelle mesure, il convient d'indiquer qu'en principe, et sauf la question d'usages commerciaux, la solution doit être la même que le commissionnaire soit ou non du croire ; en effet, dans un cas comme dans l'autre, il y a mandat et nécessité pareille de rendre compte ; le caractère juridique est le même, tout le monde s'accordant aujourd'hui à reconnaître que

la clause de ducroire est simplement une assurance contre l'insolvabilité des tiers (1).

B. — *Conséquences de cette obligation.*

Quelle est donc maintenant la portée de l'obligation de rendre compte ? Qu'elle emporte la nécessité de révéler les noms des tiers, cela nous semble incontestable ; car est-ce rendre compte de son mandat que d'affirmer simplement qu'on l'a exécuté ? Telle est pourtant la prétention du commissionnaire. Chargé de vendre pour le compte du mandant, il se borne à lui dire « J'ai vendu ». Comment le commettant peut-il vérifier une affirmation pareille ? Le marché est-il véritable ou le commissionnaire a-t-il été contre-partie ? Le prix de vente est-il le prix fixé ou n'est-il pas supérieur ? et en ce cas l'intermédiaire ne garde-t-il pas pour lui la différence ? Cela surtout quand l'ordre portait de vendre « au mieux » ou quand il s'agit de valeurs dont la vente a été confiée à un coulissier qui peut-être ne manquera pas d'appliquer le cours le plus avantageux ... pour lui. Il paraît donc évident que le commissionnaire (même ducroire) doit livrer le nom sur simple réclamation du mandant.

De même, il doit produire les pièces justificatives de la réalité et des conditions du marché : original des factures, s'il a été chargé d'acheter, une copie s'il a vendu : en un mot les pièces permettant à l'oyant compte de s'assurer de la loyale exécution du mandat.

Mais il ne faut pas aller plus loin et dire que le com-

(1) *Sic* : Thaller cité, Jugement précité du 12 mars 1898 ; Jugement La Rochelle, 24 juillet 1858, S. 59.1.305 et note de G. Massé, jugement précité du 22 mai 1897. *Contrà* : Lyon-Caen et Renault, n° 785 ; Rouen, 5 mai 1897, G. P., 97.2.149.

missionnaire doit la communication de ses livres ; cette concession n'est pas entrée dans les prévisions des parties ; le contrôle normal du mandant s'exerce suffisamment par les indications qui lui ont été données ; c'est à lui de vérifier et si ses recherches aboutissaient à cette opinion qu'il a été trompé, que les noms livrés sont fictifs et les pièces fausses, il aura le droit de s'adresser aux tribunaux, de leur apporter les indices qui l'ont mis en défiance ; la justice pourra, si la fraude apparaît probable, ordonner la représentation du droit commun. Autant la communication nous a paru indispensable pour le participant aux bénéfices qui ne peut sans elle rien surveiller, qui ne doit par suite être présumé s'être livré sans défense, autant elle apparaît excéder ici la convention de commission : ce qui est à vérifier ici, ce sont des faits précis, limités dans leur nombre, dans leur date, dans leurs conséquences ; le droit de les contrôler n'emporte point la nécessité de connaître tout l'ensemble de la comptabilité.

Il y a là un grand intérêt pour le commissionnaire, car il ne livre au commettant que des indications limitées ; le reste de ses affaires, son crédit, la correspondance échangée avec les clients mêmes dont il donne le nom, par suite le secret de son rôle d'intermédiaire, les procédés qu'il emploie dans ce métier, échappent au mandant qui apprend juste ce qu'il a droit à savoir : la réalité du marché, la loyauté des comptes.

A cette obligation de rendre compte du mandat exécuté deux objections sont faites :

La première résulte d'un considérant de l'arrêt de Rouen précité (5 mai 1897, *Gaz. Pal.*, 2.149) : « mais attendu qu'il résulte des pièces versées aux débats que

Thalmann était commissionnaire du croire ; qu'à ce titre il est bien fondé à se refuser à faire constater le nom des contre-parties *sous peine de violer le secret professionnel* auquel il est tenu à l'égard de ses clients. » Ajoutons d'ailleurs que le dispositif de l'arrêt est justifié par des arguments plus déterminants (ratification postérieure du mandant). Y a-t-il vraiment un secret professionnel dû par le coulissier à ses clients ? La Cour semble conclure à ce secret par suite du caractère du commissionnaire du croire du coulissier. Quelle influence la clause de du croire, ignorée du tiers à qui elle est tout à fait étrangère, peut-elle avoir sur ce soi-disant secret professionnel ? Quel est d'ailleurs le fondement de cette obligation au secret ? Bien entendu nous ne nous occupons pas ici des agents de change pour qui la loi a édicté des mesures spéciales que nous verrons plus loin ; naturellement il ne suffit pas que les coulissiers aient fait aux agents de change une concurrence que la loi n'avait pas prévue pour que les règlements de cette corporation d'officiers publics leur soient applicables ? Ils ne sont donc que des commissionnaires ordinaires ; soutient-on sérieusement que les commissionnaires sont soumis au secret professionnel vis-à-vis de leurs clients, sans qu'aucune convention ni aucune loi les y aient astreints ?

La seconde objection est plus sérieuse ; elle consiste à invoquer les usages commerciaux ; il est, paraît-il, d'usage sur certaines places et au moins pour la commission de vente de certains produits (vins de Bordeaux par exemple), que le commissionnaire du croire soit dispensé de donner les noms de ses clients. Dès lors que l'usage est constaté, les parties sont censées s'y être rapportées ; comme il n'est pas douteux qu'elles auraient pu déroger

au droit commun par convention expresse, on donnera le même sens à leur silence, et les tribunaux feront varier l'obligation du commissionnaire suivant l'usage de la place auquel le contrat est présumé se conformer.

En partie à cause de ces usages variables, en partie à cause de la confusion souvent faite entre la représentation et la communication des livres, il est très difficile de dégager le sens général de la jurisprudence sur la question que nous venons d'examiner et qui d'ailleurs divise la doctrine (1).

C. — *Jurisprudence.*

Nous rencontrons d'abord deux arrêts de la Cour de cassation (Ch. des requêtes) qui résument fort exactement la jurisprudence, tant par eux-mêmes que par les décisions attaquées.

I. Dans la première espèce, un syndic de faillite demandait la communication des livres d'un sieur Begusseau qui avait été commissionnaire ducroire du failli. Begusseau refusait les justifications demandées par le syndic, mais offrait de les remettre à la justice.

Le Tribunal de La Rochelle (24 juillet 1858) rendit un jugement où, après avoir déclaré que « le commissionnaire ducroire devait fournir à son commettant des comptes clairs et précis dans lesquels celui-ci pourrait trouver les documents propres à le convaincre de la bonne foi du commissionnaire et de l'exactitude de ses comptes » ; qu'il n'y avait aucune différence à cet égard entre le commissionnaire ducroire et les autres, ajoutait cet attendu vraiment singulier : « Que, s'il est vrai que, dans

(1) Consulter Thaller, n° 938 ; Lyon-Caen et Renault, n° 785 ; Boistel, n° 520 ; Alauzet, t. 2, n° 856 ; Demangeat sur Bravard, p. 246, note 2 ; Pardessus, n° 564, etc.

l'usage, les commissionnaires du croire ne font pas connaître le nom des acheteurs, cette déclaration ne saurait être différée quand elle est réclamée par le commettant qui conçoit des doutes sur la bonne foi et la loyauté du commissionnaire ». Sur quoi le jugement ordonnait au commissionnaire de fournir « dans les 8 jours au syndic un état contenant : 1° la date précise des ventes ; 2° les noms des acheteurs ; 3° les quantités et qualités ; 4° le prix des ventes ».

Sur appel, la Cour de Poitiers confirmait cette décision, mais en écartant les motifs, elle en produisait d'autres tout à fait insuffisants, où, dès la première ligne, elle prend soin d'écarter, on ne sait pourquoi, toute question de droit.

« Attendu que les affaires s'apprécient par les faits qui les constituent ; que, dans l'espèce, l'action a été intentée par le syndic qui demande à Begusseau le nom des acheteurs de farine afin de vérifier et de savoir si les opérations de Begusseau étaient de bonne foi ou entachées de fraude ; attendu qu'il est démontré qu'en agissant ainsi, le syndic n'a pas eu l'intention de nuire à Begusseau dans le rapport de sa clientèle ; qu'il est prouvé jusqu'à l'évidence par les pièces et documents du procès que Begusseau ne pouvait, par suite de cette action, éprouver ni danger ni préjudice quant à sa clientèle.

« Par ces motifs et *sans approuver les motifs des premiers juges* confirme. »

Tel est l'arrêt qui fut déféré à la Cour de cassation ; non seulement il ne pose aucun principe de droit, mais il semble ignorer quelle question juridique lui est soumise. Le demandeur en cassation produisit un mémoire où il invoquait l'usage qui dispense les commissionnaires du-

croire de toute justification et soutenait qu'ils ne devaient être astreints qu'à la représentation de leurs livres quand la justice croyait devoir l'ordonner. La Chambre des requêtes rejeta le pourvoi en ces termes (7 décembre 1858, Sirey, 1859.1.305):

« Attendu que l'arrêt attaqué ne juge pas en principe que le commissionnaire ducroire est tenu de faire connaître à son commettant le nom des acheteurs avec lesquels il a traité, mais qu'il se fonde uniquement pour imposer cette obligation au sieur Begusseau sur les circonstances particulières de la cause qu'il apprécie ;

Attendu que, si, dans l'usage du commerce, le commissionnaire qui a agi en son nom personnel peut refuser à son commettant les noms des acheteurs avec lesquels il s'est mis en rapport pour l'exécution de son mandat, cet usage n'a rien d'absolu ; qu'établi dans l'intérêt du commissionnaire et pour lui assurer sa clientèle il cesse d'avoir sa raison d'être lorsque la révélation du nom des acheteurs peut avoir lieu sans compromettre cet intérêt légitime et que rien dans ce cas n'interdit aux juges de s'en écarter pour donner au commettant le moyen de prouver la fraude qu'il allègue ; attendu que dès lors la Cour de Poitiers en se fondant pour justifier l'obligation imposée à Begusseau sur ce qu'il est prouvé jusqu'à l'évidence ... (ici le dernier considérant de Poitiers) ... n'a violé aucune loi et que son arrêt repose sur une appréciation de fait qui échappe à la censure de la Cour de cassation, rejette. »

La thèse de cet arrêt est donc la suivante : 1° en principe le commissionnaire qui agit en son nom ne doit aucune justification ; il a droit au secret ; 2° par exception et s'il n'en doit résulter aucun préjudice pour lui les tri-

bunaux peuvent lui ordonner de livrer les noms au commettant. Sur ce point il y a appréciation souveraine des juges du fait.

Nous nous sommes expliqué sur la première partie de cette thèse ; nous ne voyons pas le fondement juridique de la seconde, à moins qu'il ne soit le pouvoir discrétionnaire que les tribunaux s'accordent si volontiers en toute matière. Il nous semble que les juges peuvent ici ordonner la représentation, mais pas autre chose. La Cour ne s'explique pas sur la portée des mesures qu'elle reconnaît aux tribunaux le droit d'ordonner et ceci est très regrettable.

2. Quelques mois plus tard la Chambre des requêtes avait de nouveau à statuer sur la même question. L'arrêt attaqué (Bordeaux, 14 janvier 1858) avait cette fois refusé au commettant les justifications qu'il demandait ; il déclarait que l'usage des lieux pouvait dispenser le commissionnaire ducroire de donner les noms des clients ; que l'usage de Bordeaux « pour la vente de trois-six disponibles » était tel ; « qu'il autorisait S et A à se tenir dans la réserve où ils se renfermaient ; que la justice les contraindrait sans doute à en sortir si un reproche précis ou quelque apparence de fraude se produisait à leur rencontre ». Il ajoutait qu'en fait rien ne permettait de douter de la loyauté des commissionnaires, qu'il n'y avait donc pas lieu de déroger à l'usage.

La Chambre des requêtes statua en ces termes (30 mars 1859, D. 69.1.175).

« Attendu que, s'il est vrai que le contrat commercial de commission entraîne comme le mandat civil l'obligation pour le commissionnaire de rendre compte de sa gestion, il n'en résulte pas que celui-ci doive être dans

tous les cas obligé de faire connaître le nom des tiers avec qui il a traité ; que les usages du commerce et le droit légitime des commissionnaires de défendre leur industrie contre l'abus qui pourrait être fait d'une semblable communication ont introduit l'habitude de les en dispenser ; que cette habitude ne constitue pas sans doute un droit absolu et qu'il appartient aux tribunaux de s'en écarter suivant les circonstances et d'ordonner toutes justifications qu'ils jugent nécessaires pour éclairer leur conscience ;

« Mais, attendu que l'arrêt attaqué, après avoir consacré expressément le droit de la justice de contraindre les commissionnaires A et S à sortir de la réserve dans laquelle ils se renferment décide en fait..... ; qu'une semblable appréciation qui rentrait dans le droit souverain du juge du fait échappe à la censure de la Cour de cassation. Rejette. »

Ce qui signifie :

1^o Le commissionnaire doit rendre compte ;

2^o Les usages l'en dispensent.

Jusqu'ici ce sont les idées mêmes que nous avons exposées plus haut ; mais où nous ne comprenons plus c'est lorsque la Cour de cassation, tout en constatant l'usage, déclare qu'il ne constitue pas un droit absolu et accorde aux tribunaux un pouvoir absolument arbitraire et indéfini.

En effet quelle est la conséquence de l'usage, quand il est reconnu ? C'est que les parties sont censées s'y être conformées dans le contrat ; donc le commettant a renoncé à exiger les noms des clients ; par suite quand il se présente devant la justice il n'a aucun droit à cet égard.

Les tribunaux ne créent pas des droits là où il n'y en

a pas ; ils sanctionnent ceux qu'ils reconnaissent. Ordonner au commissionnaire de produire telles pièces au commettant qui a renoncé à les voir, c'est de l'arbitraire et pas autre chose.

Les juges n'ont-ils pas cependant un pouvoir d'appréciation « pour éclairer leur conscience » ? Sans doute ; ils ont le droit d'ordonner des mesures d'instruction judiciaire ; à ce titre, ils peuvent, saisis d'une demande principale par le commettant ou le commissionnaire, ordonner par jugement avant faire droit la représentation des livres ; il s'en suivra que le commettant connaîtra par les extraits versés aux débats, les noms et les indications qu'il demandait ; mais autre chose est de prendre une telle mesure, dépens réservés pour retomber à la charge de celui qui succombera au principal, autre chose de donner arbitrairement, en dehors de toute obligation légale ou conventionnelle, un ordre à une personne qui n'est appelée en justice que pour cela et qui, de plus, payera les frais du procès ; ce point de détail est fort significatif : on ne peut dire que le commissionnaire avait tort de refuser les justifications demandées, puisqu'il n'y était obligé par rien ; le commettant ne tire son droit que du jugement ; cependant le commissionnaire paye les frais de l'instance.

Quand il aura livré les noms et les factures, si son commettant n'en est point satisfait et les prétend fictifs, que se passera-t-il ? On reviendra devant le tribunal pour faire ordonner la représentation des livres ?

Ces demi-mesures sont inacceptables ; elles reposent sur une conception fausse des droits du juge et il est indispensable, chaque fois qu'on rencontre « le pouvoir souverain d'appréciation » non des faits, mais des mesu-

res à prendre, de lui demander son fondement légal. Dans le cas présent, les déclarations vagues de la jurisprudence sur « le droit de faire sortir le commissionnaire de sa réserve », sans dire comment ni pourquoi, aboutissent à des décisions de fait contradictoires et étrangères à tout principe juridique.

En dehors des jugements déjà cités (V. plus haut : Rouen, 5 mai 1897 ; Trib. Seine, 22 mai 1897), nous n'indiquerons qu'un arrêt d'Aix du 10 août 1878 (*Rec. Marseille*, 79.1.143) ; cet arrêt, s'appuyant sur l'usage, dispense le commissionnaire des justifications, sauf à ordonner la représentation au cas de fraude prétendue.

Enfin, un jugement déjà cité du Tribunal de commerce de la Seine du 12 mars 1898 (*Droit*, 20 avril) fait exactement l'application des principes que nous avons soutenus ; saisi d'une demande en communication des livres du commissionnaire, il montre l'obligation de celui-ci de rendre compte et, jugeant insuffisantes les pièces produites au mandant, ordonne la représentation des livres en Chambre du Conseil « à l'effet d'en extraire ce qui concerne le différend ».

APPENDICE. — *Agents de change et coulissiers.*

Sous cette rubrique nous allons grouper diverses questions qui semblent indépendantes les unes des autres :

La première est celle de l'impôt sur les opérations de Bourse ;

La seconde est celle de l'exception de qualité opposée au coulissier ;

La troisième est celle du secret professionnel de l'agent de change.

Comme on le voit, ces questions auraient leurs places naturelles en d'autres chapitres ; mais force est de les réunir car elles puisent leurs éléments dans les mêmes textes législatifs et ces textes ont été modifiés par une loi et des décrets votés ou promulgués au cours de ce travail. Il s'agit d'ailleurs de la situation spéciale faite au point de vue du secret d'affaires aux commissionnaires en matière de bourse et nous aurons à appliquer les principes dégagés plus haut en matière de commission.

Nous ne pouvons évidemment qu'effleurer ces matières extrêmement complexes et que la loi de 1898 n'a fait qu'obscurcir davantage ; nous rappellerons les idées essentielles sans lesquelles les solutions relatives à notre sujet seraient dépourvues de fondement (1).

Les commissionnaires d'effets publics sont régis par un grand nombre de textes dont nous devons citer les principaux :

Arrêt du Conseil du Roi, 2 avril 1639 ;

Règlement d'octobre 1706 ;

Règlement du 30 avril 1720 ;

Arrêt du Conseil, 24 septembre 1724.

Ces textes de l'ancien droit établissent le privilège des agents de change et réglementent la profession spécialement au point de vue du secret :

Loi du 8 mai 1791 ;

Loi du 27 juillet 1792 ;

(1) Voir sur ces difficultés: Lyon-Caen et Renault, IV, p. 588 et suiv. ; Thaller, p. 379 et suiv., spéc. p. 454 et suiv. ; Crépon, *Négociation des effets publics* ; Buchère, *Opérations de bourse* ; *Annales de droit commercial*, 1886-1887 ; Bailly, p. 207 et suiv. ; *Annales de droit commercial*, 1896 ; Lévy-Ulmann et G. de Lapradelle, p. 117 et suiv. ; Waldmann, *De la profession d'agent de change* ; Schaffhauser, *Lois nouvelles*, 1897, p. 437 ; 1898, p. 365, etc., etc.

Arrêté du 27 prairial an X sur les agents de change ;

Articles 74 et suivants du Code de commerce ;

Ordonnances de 1816 ;

Loi du 2 juillet 1862 ;

Loi de 1885 sur les marchés à terme ;

Décret du 7 octobre 1890,

Et tout récemment la loi des finances du 28 avril 1893 établissant l'impôt sur les opérations de bourse et suivie par le décret du 20 mai 1893. Enfin cette loi a été modifiée par les articles 14 et 15 de la loi des finances du 13 avril 1898 suivie des trois décrets du 29 juin.

Au milieu des innombrables controverses qui résultent de cette réglementation éparse, nous avons seulement, il est vrai, à discuter les difficultés groupées autour des trois points indiqués :

1^o Conséquences de l'impôt sur les opérations de bourse au point de vue du secret d'affaires des commissionnaires ;

2^o Exception de qualité ; justifications exigées du coulissier pour lui permettre d'y échapper ;

3^o Secret professionnel de l'agent de change : ses livres, leur communication ou représentation ; les révélations qu'il peut être obligé de faire.

Mais, nous le répétons, si nous sommes obligé de traiter sous la même rubrique ces difficultés qui auraient pu se répartir entre le chapitre I de la première partie pour l'impôt, le chapitre II pour la représentation et les deux précédents chapitres pour le reste, c'est qu'elles reposent sur un fonds commun de notions plus ou moins certaines qu'il nous faut rappeler dans un tableau rapide.

A. — *Preliminaires.*

Aux termes de l'article 76 du Code de commerce « les agents de change constitués de la manière prescrite par la loi ont seuls le droit de faire les négociations des effets publics et autres susceptibles d'être cotés, de faire pour le compte d'autrui les négociations des lettres de change ou billets et de tous papiers commercables et d'en constater le cours..... » Ainsi est consacré le monopole des agents de change qui résultait déjà des textes antérieurs et spécialement de l'article 18 de l'arrêté de 1724, et de l'article 7, arrêté de prairial an X.

Ce monopole, justifié suivant ses partisans par la nécessité d'offrir au public des garanties sérieuses, a été vivement attaqué ; les pays étrangers s'écartent d'ordinaire de ce système (1) ; nous n'avons ici qu'à en envisager la portée et les conséquences légales.

On est d'accord que ce monopole ne concerne que le rôle d'intermédiaire, il est donc parfaitement permis d'acheter ou de vendre pour son propre compte sans le ministère d'aucun agent.

Quant aux effets auxquels il s'applique on a longtemps discuté sur le sens des mots « susceptibles d'être cotés ». Tout le monde reconnaissait, il y a quelques années, que le privilège portait seulement sur les effets réellement admis à la cote par le Parquet (2) ; cette opinion plus commode que juridique a été, on le verra, législativement consacrée par la loi de 1898 (3). La négociation des

(1) Le régime de la liberté réglementée triomphe en Angleterre, Belgique, à Genève, en Allemagne, Russie, Espagne et Portugal.

L'Autriche-Hongrie, l'Italie et les États-Unis ont recours à un système mixte.

(2) V. not. Cass., 1^{er} juillet 1885, *G. P.*, 2.141. V. not. Cass., 9 mars 1896, *G. P.*, 1.536.

valeurs et effets publics non cotés est donc absolument libre (1).

Dans la réglementation de la profession d'agent de change nous n'avons à retenir que ce qui concerne les livres et le secret.

L'agent de change est obligé par l'article 2 du titre III de l'ordonnance de mars 1783, l'article 11 de l'ordonnance de prairial et l'article 84 du Code de commerce de tenir un livre-journal.

L'article 11 de l'ordonnance de prairial et la pratique l'obligeaient également à tenir un carnet sur lequel il inscrit à mesure en Bourse les négociations opérées ; l'article 41 du décret du 7 octobre 1890 a suppléé au silence du Code sur ce point.

Réunissant en lui la double qualité d'officier public et de commerçant, l'agent de change est-il, en dehors de ces deux livres, astreint à tenir les livres ordinaires du commerçant ? La question est controversée (dans le sens de l'affirmative : Waldmann, *op. cit.* ; Bravard et Demangeat, II, p. 33 et p. 73 ; Lyon-Caen et Renault, cité).

(En sens contraire : Bédarride, v° *Bourse de commerce* ; Dalloz, v° *Bourse de commerce*, n° 333 ; *Pandectes françaises*, v° *Agents de change*, p. 791). Bien que la pratique soit en faveur de la dispense, nous croyons que l'obligation de tenir les livres ordinaires s'impose à l'agent plus qu'à tout autre commerçant.

On s'accorde à ne reconnaître à ces livres que la force probante des livres d'un commerçant et nullement la force authentique.

Les bordereaux signés des parties auraient seuls ce

(1) Voir cependant : pour les marchés à termes, *Contrà* : Paris, 30 juin 1894, *G. P.*, 94.2, 730.

dernier caractère, mais en fait, et on verra pourquoi, le bordereau n'est jamais signé que par l'agent.

Quant au secret professionnel et à la production des livres, V. plus loin.

A côté de l'institution réglementée des agents de change s'est créée de bonne heure « la coulisse » composée de personnes se livrant à la négociation des valeurs françaises ou étrangères non cotées ; les avantages considérables de bon marché et de commodité qu'une opération faite en coulisse présente sur l'opération au Parquet ont donné une énorme extension à ce marché libre ; il a bientôt empiété sur le marché légal et lui a enlevé une grande partie des négociations dont il a le monopole. Telle était d'ailleurs l'utilité de ce marché libre que les agents de change ont paru lui faire place et ont entretenu les meilleures relations avec lui. Un jour cependant l'orage a éclaté ; les coulissiers ont été poursuivis et condamnés pour immixtion dans les fonctions d'agent de change (procès de 1859 et 1860).

Depuis, la paix semblait conclue entre les deux marchés ; mais, ces dernières années, les pouvoirs publics, mus par des raisons diverses, se sont décidés à intervenir et à régler cette situation extra-légale dont on verra tout à l'heure les conséquences déplorables en pratique. La loi des finances de 1893 a frappé d'un impôt les opérations de bourse ; mais l'accord étant loin d'être fait, on a réservé la question des coulissiers et l'impôt a été organisé de manière à être perçu aussi bien sur le marché libre que sur l'autre. Voici les résultats qui montrent l'importance de la coulisse :

Sommes perçues :

Années	Marché libre	Agents de change
7 derniers mois de 1893	2.745.096	1.445.414
1894	6.705.819	3.359.480
1895	6.688.139	2.947.814
1896	1.889.942	1.910.127
6 premiers mois de 1897	1.635.000	1.030.000

(V. le rapport au Sénat de M. Pauliat sur la proposition de loi Trarieux et Boulanger, 9 juillet 1897. *Annexes, Officiel*, n° 223.)

L'amendement de MM. Fleury-Ravarin et Lacombe qui avait été disjoint par le Sénat du budget de 1893 triompha enfin dans le budget de 1898 et le Parlement, modifiant l'article 29 de la loi du 28 avril 1893 en votant les articles 14 et 15 de la loi du 13 avril 1898, invita le Gouvernement à réorganiser le marché financier dans le sens de la défense du privilège des agents de change, mais en améliorant les règlements du Parquet. Le Gouvernement a donc rendu les décrets du 29 juin 1898.

Il ne faut pas croire cependant, malgré cette intervention des pouvoirs publics et l'émigration à Bruxelles qui l'a suivie, que la question des coulissiers soit définitivement réglée; en effet, dans les travaux préparatoires et les discussions parlementaires, on a toujours distingué deux coulisses: la coulisse des rentes et celle des valeurs.

Pour la coulisse des valeurs elle est parfaitement légale lorsqu'elle s'occupe des valeurs non admises à la cote; comme auparavant elle viole la loi quand elle s'occupe des autres valeurs. Seulement aucune sanction, aucune mesure nouvelle n'a été prévue de sorte que si en fait des négociations de ce genre se font en coulisse, les difficultés que nous examinerons restent identiques

Pour la coulisse des rentes son utilité a été proclamée bien haut à la Chambre par le Ministre des Finances et il a été convenu qu'elle serait maintenue ; on a promis formellement de ne pas l'inquiéter : les agents de change délivreraient aux coulistiers des bordereaux gratuits de manière à assurer le contrôle du fisc. Or rien n'a été fait de ce côté ; aucune mesure légale n'a été prise. Conclusion : il y a là une situation de fait extra-légale dont nous verrons bientôt tous les inconvénients (1).

La loi de 1898 n'a donc rien changé en droit ; l'avenir dira si la situation de fait a été améliorée par elle.

La question essentielle en effet était la suivante : quelles sont les conséquences juridiques d'une négociation de valeur cotée, opérée en coulisse ? Tout le monde (V. cependant l'opinion ingénieuse de Salzedo, p. 89) reconnaît que cette opération est nulle.

Mais quel est le fondement de cette nullité ? Ici c'est le chaos absolu. Or il serait extrêmement important d'être fixé sur la cause de cette nullité pour savoir comment elle agit.

Deux situations se présenteront en fait — ou le coulistier agit contre son client pour lui réclamer sa commission ou les frais de l'opération — ou le client agit en répétition des frais ou couvertures versés. Dans les deux cas, le client invoque « le défaut de qualité » du coulistier qui aurait dû avoir recours à un agent de change. Les circonstances varient : le client a-t-il donné ordre d'opérer sans cette entremise ? A-t-il su avant ou après l'opération et a-t-il ratifié ? A-t-il réglé l'opération

(1) L'Administration de l'Enregistrement a annoncé son intention, paraît-il, de ne réclamer aux coulistiers de rente aucun bordereau d'agent de change ! C'est donc bien le même régime de tolérance qui continue.

avec ou sans connaissance de cause ? A-t-il remis une couverture et dans quel but ? A-t-il nové sa dette ? etc... Or dans tous ces cas la solution du procès variera à l'infini suivant le fondement qu'on assigne à la nullité de l'opération (V. à ce sujet l'article cité de Lévy-Ullmann et Geouffre de Lapradelle). Par suite, avec les divers systèmes variera aussi la charge de la preuve qui tantôt incombera à l'une, tantôt à l'autre des parties et qui, selon les cas, sera aussi plus ou moins lourde.

L'idée première, la plus simple, est que l'opération en litige est nulle, d'une nullité d'ordre public, étant faite en violation de la loi. Dès lors cette nullité doit être prononcée d'office par les tribunaux, elle fonctionne automatiquement pendant trente ans ; elle résiste à toute ratification des parties ; elle ouvre la voie à toute action en répétition pendant trente ans. On voit la conséquence : les joueurs malheureux vont avoir le droit de répéter toutes les sommes perdues depuis trente ans ! La Cour de cassation qui avait paru accepter cette idée (arrêt de rejet, 28 février 1881 du pourvoi formé contre un arrêt d'Aix du 27 novembre 1879) fut obligée de l'abandonner (22 avril et 23 juin 1885, 8 avril 1888).

Dès lors trois systèmes principaux se sont disputés la faveur de la jurisprudence qui, pour porter la confusion à son comble, les a souvent confondus.

1° La sanction absente de l'article 76 du Code de commerce existe dans les anciens textes, restés en vigueur ; l'article 18 du règlement de 1724 est conçu en ces termes : « Toutes négociations de papiers commercables et effets faites sans le ministère d'un agent de change seront déclarées nulles en cas de contestation ; faisant deffense Sa Majesté à tous huissiers et sergents de don-

ner aucune assignation sur icelles à peine d'interdiction et de 300 livres d'amende et à tous juges de prononcer aucun jugement à peine de nullité desdits jugements. »

Donc, a-t-on dit, l'assignation par suite de l'action est interdite ; la nullité sera donc opposable à celui qui invoquera l'opération irrégulière, mais la répétition sera impossible, puisqu'il faudrait assigner et que le règlement l'interdit. On peut donc invoquer la nullité en demandant, non en défendant ; aucune ratification postérieure n'est d'ailleurs possible. C'est l'opinion de M. Crépon, rapporteur ordinaire de ces questions devant la chambre civile ; elle a triomphé devant la Cour suprême dans les arrêts de principe des 22 avril et 29 juin 1885 (*G. P.*, 85.1.677, *G. P.*, 85.2.145) (1).

Le coulissier ne pourra donc jamais forcer à l'exécution même s'il y a eu ratification ; par contre on ne pourra jamais lui faire restituer les sommes reçues à titre de paiement. Seulement suivant les procédés de paiement (couverture, billets, compte courant, etc.) on retombe dans une confusion et des contradictions flagrantes.

Ce système a été vivement critiqué ; il n'est ni celui de la Chambre des requêtes, ni celui des cours d'appel.

On fait remarquer que l'article 18 de l'arrêté de 1724, tacitement abrogé par les arrêtés de 1781 et prairial an X l'a été formellement par l'article 2, loi 28 mars 1885 (2). On montre aussi que les véritables conséquences de ce

(1) V. aussi : Paris, 8 janvier 1886, *G. P.*, 86.1.308 ; Paris, 23 janvier 1881, *D. Fin.*, 91.204 ; Paris, 23 mars 1889 et 2 août 1895 ; Cass., 22 mai 1895, *Gaz. Trib.*, 29 mai et 23 juillet 1895.

(2) Personne n'a jamais pensé à appliquer aujourd'hui les sanctions de nullité que l'article 18 avait formulées : le système péchait déjà par là. L'arrêt de cassation (req.) du 8 février 1888 (*G. P.*, 88.2.392) reconnaît implicitement l'abrogation de l'article 18 du règlement de 1724.

système sont tout à fait différentes de celles qu'on en veut tirer : elles aboutiraient à la répétition pendant trente ans. Cette critique nous semble décisive.

2° Une maxime latine s'est trouvée là fort à propos comme d'ordinaire pour tirer la jurisprudence d'embaras : *In pari causa turpitudinis, melior est causa possidentis*. On aurait pu dire aussi bien : *Nemo auditur turpitudinem suam allegans*.

L'application de cet adage a paru d'abord fort heureuse. Grâce à lui les cours d'appel déboutent les demandeurs qui, invoquant la nullité (1), réclament soit l'exécution, soit la restitution. Le paiement couvre donc la nullité, comme dans le système précédent, mais l'arrêté de compte n'a point le même effet (Cass., 15 janvier 1894, D. 94.1.119; Rouen, 18 janvier 1893, D. Fin., 93.276). La « connaissance de cause » prend ici une importance capitale.

Mais, tirées avec une logique rigoureuse, les conséquences pratiques sont encore contradictoires et déplorables. D'autre part le droit français résiste dans son esprit et ses textes (art. 1131 et 1376, C. civ.) (V. Cassation, 11 février 1884) à l'adage latin. Enfin, sans parler du ridicule des mots : honte et turpitude en pareille matière, on a fait remarquer très justement que l'application de l'adage en question supposerait la complicité, c'est-à-dire l'ordre du client de se passer d'agent de change ; or souvent le client a connu les conditions de l'opération quand il règle le compte ; il renonce à ce moment à demander une nullité possible ; peut-on dire qu'il est complice d'une fraude ?

(1) Voir Req., 17 février 1897.

3° La jurisprudence a enfin construit un troisième système qu'elle se garde bien de formuler nettement, car il ne repose sur aucune base légale ; elle suppose une présomption de jeu chaque fois que l'opération a été faite sans l'intermédiaire d'un agent de change (Req., 9 décembre 1895, *G. Pal.*, 5-6-7 avril 1896). V. aussi les conclusions de M. Bertauld, procureur général, devant la Cour de cassation en 1885 ; note de Boistel, D. 93.2.17, et S. 93.1.241 ; Cass., 21 mars 1894 ; Paris, 3 juillet 1888 et 3 mars 1892, *P. F.*, 93.2.33 ; Paris, 20 février 1892, *P. F.*, 92.2.209.

Les conséquences pratiques sont moins fâcheuses qu'avec les idées précédentes ; on refuse l'exécution en vertu de l'article 1965 et la répétition en vertu de l'article 1967. Mais il y a là une jurisprudence prétorienne en dehors de toute disposition légale.

Pour résumer cette analyse que nous avons empruntée en grande partie à l'article précité (*Ann. dr. commercial*, 1896), la question de la nullité des opérations de coulisse est d'une obscurité compacte ; faute de principe directeur les solutions s'écartent sur chaque espèce au point que les dernières décisions, comme le remarque M. Thaller, cessent d'être motivées et apparaissent comme arbitraires.

Ne pourrait-on simplement appliquer les articles 1131 et 1376 du Code civil qui donneraient les conséquences suivantes :

1° *Action du coulissier en exécution.* — Il s'appuie sur le mandat reçu ; qu'il en justifie ! et qu'il justifie aussi de son accomplissement ! Si le mandat ordonnait d'agir irrégulièrement la convention était nulle et ne produisait aucun effet : le coulissier sera débouté. S'il n'est pas

prouvé que le mandat était tel et si le coulissier ne justifie pas qu'il a agi régulièrement, il sera encore débouté, n'ayant pas rempli fidèlement son mandat.

S'il y a eu ratification par le client ou acte équivalent (arrêté de compte, compte courant, remise de billets, etc.), le client a ainsi ratifié l'exécution du mandat ; il a déchargé le coulissier de son obligation de rendre compte ; le coulissier gagnera son procès, sauf au client à demander rectification du compte accepté par lui ; mais alors le défendeur se heurtera à la règle de l'article 541 du Code civil et il devra démontrer qu'il y a eu erreur ; c'est-à-dire qu'il a cru devoir alors qu'il ne devait pas ; donc il devra prouver : 1° qu'il y a eu irrégularité dans l'opération ; 2° qu'il ignorait cette irrégularité lors de la ratification ; cette preuve est pratiquement impossible.

2° *Action du client en répétition après paiement.* — C'est bien là une action en répétition de l'indû ; aux termes de l'article 1377 le client devra donc démontrer : 1° qu'il ne devait pas ce qu'il a payé c'est-à-dire que l'opération était nulle ; 2° qu'il croyait devoir c'est-à-dire qu'il ignorait cette nullité. Ici encore la preuve est en fait impossible.

Si la nullité était soulevée non par le coulissier (il ne le pourrait en fait) mais par le syndic de sa faillite les mêmes principes lui seraient appliqués (Cass., 9 nov. 1892, D. 94.1.78).

C'est en appliquant ces principes que nous nous occuperons plus loin des questions de preuve que soulève l'exception de qualité (1).

(1) Voir Wahl, *Titres au porteur*, I, p. 31, et note de Buchère sous Paris, 3 mars 1892, P. F., 93.2.33 et surtout, Paris, 10 décembre 1886, J. valeurs mobilières, 1886, p. 252.

B. — *Impôt sur les opérations de bourse.*

Cet impôt a été établi par la loi du 28 avril 1893 dans ses articles 28 et suivants, modifiés par la loi du 28 décembre 1895 avec un point de détail et par la loi du 13 avril 1898 (art. 14 et 15) ; la perception en a été organisée par le décret du 20 mai 1893.

La taxe est fixée à 5 centimes par 1000 francs ou fraction de 1000 francs, elle est réduite de $1/2$ pour les reports, de $3/4$ pour les opérations sur rentes d'Etat français ; elle frappe tous les bordereaux constatant une opération de bourse (au comptant ou à terme).

L'article 29, loi 1893, était ainsi conçu :

« Quiconque fait commerce habituel de recueillir des offres et des demandes de valeurs de bourse doit, à toute réquisition des agents de l'enregistrement, représenter des bordereaux d'agent de change ou faire connaître les numéros et dates des bordereaux, ainsi que les noms des agents de change de qui ils émanent, soit faute de ce faire acquitter personnellement le montant des droits ».

Ainsi l'opération faite en coulisse en violation de l'article 76 du Code civil était frappée par l'impôt ; elle était placée au même rang que l'opération régulière et l'assimilation était complète dans la loi entre les deux.

L'article 14, loi 13 avril 1898, a modifié ce texte de la façon suivante :

« Quiconque fait commerce, etc.... de l'enregistrement, s'il s'agit de valeurs admises à la cote officielle représenter des bordereaux... etc. de qui ils émanent et, s'il s'agit de valeurs non admises à la cote officielle, acquitter personnellement le montant des droits. »

ART. 15. — « Les dispositions de l'article 14 ci-dessus ne sont applicables qu'à partir du 1^{er} juillet 1898. »

Donc le marché libre est reconnu officiellement quand il opère sur des valeurs non cotées ; pour les autres il doit devenir le client des agents de change et l'enregistrement réclamera de lui les bordereaux de ces derniers. Le tout sauf ce que nous avons dit de la coulisse des rentes : l'administration aurait annoncé l'intention de ne pas réclamer de bordereaux pour les rentes.

En vertu de l'article 30, loi 1893, les personnes désignées en l'article 29 (c'est-à-dire les coulissiers seuls en fait : les agents de change en sont dispensés) doivent faire une déclaration préalable à l'enregistrement. Les assujettis doivent tenir un répertoire soumis à certaines conditions de forme ; toute opération doit être inscrite jour par jour ; autant de répertoires que de succursales.

Dans une série de colonnes doivent être mentionnées toutes les circonstances de l'opération (art. 2, décret 20 mai 1893) c'est-à-dire :

- 1° Le numéro ;
- 2° La date ;
- 3° Le nom du donneur d'ordre ;
- 4° La catégorie de l'opération (comptant, à prime, report, terme, compensation) ;
- 5° Date de l'échéance si l'opération est à terme ;
- 6° Nature des titres ;
- 7° Nombre ou montant ;
- 8° Faux ;
- 9° Valeur totale ;
- 10° Valeur totale, déduction faite des versements restant à effectuer ;
- 11° Nom de l'agent de change ou du mandataire substitué ou de la contre-partie ;
- 12° Montant de l'impôt afférent à l'opération.

Ce répertoire doit être communiqué à toute réquisition aux agents de l'enregistrement sous les peines de l'article 22, loi 23 août 1871 dont nous avons parlé (100 fr. à 1000 fr. d'amende).

« En outre (art. 30, loi 1893) lorsqu'un procès-verbal de contravention aura été dressé ou lorsque le répertoire de l'un des assujettis ne mentionnera pas la contre-partie d'une opération constatée sur le répertoire de l'autre l'administration aura le droit de se faire représenter sous les mêmes peines *les écritures des deux assujettis à la condition de limiter l'examen à une période de deux jours au plus.* »

Tel est le droit de contrôle du fisc ; on voit qu'il est extrêmement étendu et qu'il laisse peu de place au secret d'affaires ; mais cela n'est que le droit de contrôle ; l'impôt est perçu sur les déclarations.

Le 10 et le 25 de chaque mois l'assujetti remet au bureau de l'enregistrement du siège social ou de la succursale un extrait de son répertoire, relevant toutes les opérations de la période écoulée ; celles des dix derniers jours sont portées pour mémoire et reprises en tête de l'extrait suivant. Ces extraits ne relèvent, point fort important, que les mentions du répertoire comprises sous les numéros 1, 2, 4, 5 et 10, c'est-à-dire la date, la nature et le montant de l'opération, mais non point le nom des parties. Les autres indications le fisc peut sans doute les connaître ; il n'a qu'à consulter le répertoire ; mais d'ordinaire les vérifications n'iront pas si loin.

Les bordereaux remis aux parties seront détachés d'un registre à souche qui devra également être représenté.

L'inexactitude ou l'omission sur le répertoire ou les extraits est punie d'une amende de 1/20 des valeurs sur

lesquelles portait l'opération dissimulée ; le minimum de l'amende est de 3.000 francs. Toute autre infraction est punie de 100 à 5.000 francs d'amende.

Il est incontestable que ces dispositions légales font absolument disparaître en droit le secret d'affaires en matière de bourse ; sur le marché libre comme sur le marché officiel le fisc est aujourd'hui à même de connaître tous les mouvements de fonds et de valeurs ; il sait qui vend, qui achète, qui spéculé à la hausse ou à la baisse ; cette investigation de l'Etat est d'autant plus blessante que la loi a établi en cette matière une institution spéciale : le secret professionnel dont on s'occupera plus loin.

On a vu plus haut quel a été le produit de cet impôt ; il semble avoir eu des conséquences économiques malheureuses et le point de vue fiscal ne paraît guère plus encourageant.

C. — *Exception de qualité.*

Après ce que nous avons dit d'abord de l'obligation de rendre compte qui incombe au commissionnaire, puis de la manière de fonctionner de la nullité des opérations de coulisse, les solutions sur les questions de preuve s'ensuivent tout naturellement.

Il y a lieu de distinguer deux cas :

1° Il n'y a pas eu de règlement de compte ; nous entendons par ce terme l'accord des parties sur le résultat des opérations et non le paiement ; peu importe qu'il y ait eu ou non remise d'espèces ; le point important est de savoir si le mandant a accepté l'exécution du mandat telle qu'elle a été justifiée ; si donc cette ratification n'a pas eu lieu le coulissier ou d'une façon générale l'intermédiaire reste grevé de l'obligation de rendre compte. Dès lors

qu'un procès éclate, qu'il soit demandeur ou défendeur, que l'exception de nullité soit soulevée par lui ou contre lui, qu'il y ait ou non couverture, l'intermédiaire a la charge de la preuve. S'il excipe de la nullité c'est à lui de démontrer la connaissance de cause ; si, comme il arrive d'ordinaire il est défendeur à l'exception, c'est à lui de prouver la régularité de son opération.

Comment faire cette preuve ? Par tous les moyens, selon le droit commun en matière commerciale (en admettant qu'il s'agisse d'affaire commerciale) (Chambéry, 23 février 1885, *G. P.*, 85.2, *Suppl.*, 102). Le moyen le plus usuel et le plus solide consistera à produire les bordereaux d'agent de change. Si la preuve n'est pas complète le coulissier perdra son procès.

2° Le donneur d'ordre a ratifié. Cette ratification ne couvre point la nullité d'ordre public ; le client n'a pu renoncer à l'invoquer mais en fait il s'est ôté le moyen de la prouver facilement. En effet l'intermédiaire a justifié de l'exécution de son mandat ; on n'a plus aucune preuve à lui demander ; l'adversaire doit prouver la nullité qu'il invoque. Or comment prouver ce fait négatif : que l'intermédiaire n'a point recouru à un agent de change ? Et si cette preuve suffit contre l'action en exécution du coulissier elle est insuffisante pour faire triompher l'action en répétition du client : il faut encore prouver l'erreur (art. 1377).

Dans le premier cas le coulissier a donc le choix de produire ses pièces comptables ou de perdre son procès. Dans le second cas, il n'a rien à produire que la preuve du compte accepté. Son secret d'affaires est absolument respecté ; il ne doit aucune communication (voir plus haut les justifications exigibles du commissionnaire). Il

est vrai que les tribunaux peuvent ordonner la représentation de ses livres ; mais le couliissier laissera-t-il sur ses livres ordinaires la trace de la violation de l'article 76 ? Quant au répertoire aucune disposition de loi ne permet d'en ordonner la représentation ; comme les livres auxiliaires (v. p. 105) il est donc fermé pour la justice.

Ces solutions sont-elles celles de la jurisprudence ? Pas complètement. Nous avons tenu à montrer la confusion qui règne en cette question de nullité pour expliquer celle qui en est la conséquence en matière de preuve.

Parmi les innombrables arrêts, rendus depuis quinze ans sur ce point, il y a une tendance générale cependant : la jurisprudence pose dans chaque espèce cette question : y a-t-il eu paiement ?

Si oui elle repousse l'action en répétition ; si non elle fait triompher la nullité.

Mais s'il y a compte courant, billets souscrits, couverture, règlement de compte autre que paiement, alors interviennent les arrêts les plus contradictoires.

Tantôt la Cour de Paris (23 juin 1892, *G. P.*, 92.2.445) déclare que le donneur d'ordre qui a reçu chaque mois les comptes de liquidation et les a approuvés est irrecevable à demander des justifications détaillées afin d'invoquer la nullité (V. encore Paris, 11 février 1888, *G. P.*, 88.1.722 ; Cass., 8 février 1887, *G. P.*, 97.1.510).

Tantôt elle déclare exactement le contraire (18 juin 1892, *Droit*, 14 juillet. — V. encore Trib. Seine, 8 décembre 1892, *J. Trib. com.*, 1894, p. 81, et Cass., 15 janvier 1894, D. 94.1.119 ; Rouen, 18 janvier 1893, *Dr. Fin.*, 93. 276).

Sur la preuve quelques décisions l'ont mise à la charge des demandeurs en nullité (Trib. Seine, 16 sept. 1882,

G. P., 83.84.1.166 ; Trib. Seine, 7 juin 1882, *G. P.*, 82. 83.2.187 ; Paris, 10 mars, 1^{er} avril, 22 juin 1882, *G. P.*, 82.83.1.474 ; 2. p. 20 et 259).

Cependant la jurisprudence la met généralement à la charge du couliissier (Cass., 29 mai 1883, *G. P.*, 83.2.32 et d'innombrables décisions).

Mais le désaccord profond existe sur la question de la portée de la ratification ; les tribunaux se sont refusés à suivre l'application de l'article 1993 ; tant qu'ils n'auront pas reconnu que la ratification renverse la preuve, les procès seront terminés par les solutions d'espèce contradictoires et confuses. Il est donc impossible d'analyser la jurisprudence actuelle. Nous citons en note les arrêts les plus importants (1).

Ces explications sur l'exception de qualité nous ont paru utiles en ce qu'elles montrent les grosses conséquences qui résultent des principes adoptés sur le secret des commissionnaires. On voit combien les solutions seraient ici différentes si on admettait la prétention des commissionnaires du croire (et ils le sont tous ici) de ne donner aucune justification. On voit d'autre part où l'on

(1) Sur tous ces points et surtout sur la preuve on pourrait voir en sens divers, outre les arrêts déjà cités : Cass., 9 mars 1886, *G. P.*, 86.1. 536 ; Cass., 15 mars 1899 ; Cass., 7 novembre 1898, *G. P.*, 98. 2.546 ; Paris, 21 novembre 1882, *G. P.*, 83.1.192 ; Paris, 8 janvier 1886, *G. P.*, 86.1.722 ; Paris, 11 janvier 1886, *G. P.*, 86.1.308 ; Paris, 12 novembre 1891, *G. P.*, 92.1.86 ; Paris, 23 mars 1893, *G. P.*, 93.1.326 ; Paris, 17 juin 1893, *G. P.*, 93.2.443 ; Paris, 20 octobre 1894, *G. P.*, 94.2.645 ; Lyon, 16 mars 1883, *G. P.*, 83.3.273 ; Lyon, 27 mai 1884, *G. P.*, 84.2. suppl., 173 ; Lyon, 20 novembre 1889, *Dr. Financier*, 1890, p. 84 ; Lyon, 28 avril 1894, *G. P.*, 94.2.732 ; Orléans, 5 janvier 1884, *G. P.*, 84.1.246 ; Trib. de Toulouse, 16 juin 1891, *Loi*, 23 septembre 1891 ; Grenoble, 17 mars 1883, *G. P.*, 83.1.537 ; Poitiers, 23 mai 1892, *G. P.*, 92.2.756 ; Trib. de la Seine, 30 juin 1892, *G. P.*, 92.2.157 ; Trib. de la Seine, 11 août 1897, *Ann. dr. commercial*, 1898, p. 18 ; Trib. civ. Annecy, 18 août 1882, *G. P.*, 83. 2.108 (2^e p.), etc., etc.

aboutirait si on leur imposait la communication de leurs livres.

D. — *Secret professionnel de l'agent de change.*

Jusqu'ici nous avons eu à envisager le secret d'affaires comme un droit appartenant au commerçant, comme une propriété qu'il cherchait à défendre dans son propre intérêt ; ici le secret change de caractère ; il devient une obligation ; c'est dans l'intérêt des tiers que l'agent de change doit garder le secret de ses affaires : intermédiaire forcé, il couvre de sa personne le crédit et les opérations de ses clients ; il lui importerait peu à lui-même qu'on sût quelles opérations il a pratiquées, mais il importe à ses clients qu'on les ignore ; obligation pour l'agent, droit pour sa clientèle.

Le secret professionnel de l'agent de change est contemporain de la profession elle-même. Savary dit déjà (2^e partie, l. III, ch. VII, p. 266) : « La première chose que doit observer un agent de change est le secret qui consiste en un seul point qui est de tout voir, tout entendre et ne rien dire, n'y ayant rien de si important que le secret des affaires des négociants. »

L'arrêt du Conseil du Roi du 2 avril 1639 qui établit le secret est confirmé par le règlement d'octobre 1706 dans les termes suivants :

« Attendu que le secret est absolument nécessaire dans les négociations de banque, change, commerce et finance... il a été convenu que le secret des négociants ne pourra être révélé, *que la représentation ou communication des registres ne pourra être accordée pour quelque prétexte que ce soit*, conformément à l'article 9 du titre III de l'édit de mars 1673 ; mais s'il arrive quelque contesta-

tion sur quelque négociation que l'extrait de l'article en question, affirmé véritable, en pourra être délivré dans la forme qu'il se trouvera par l'agent qui en sera requis, à qui par justice sera ordonné, pour valoir et servir ce que de raison... » Le règlement continue en faisant défense à un agent d'écouter ou d'interrompre son collègue occupé à causer avec un client, à peine de 50 livres d'amende.

L'article 36 de l'arrêté de 1724 : « Les agents de change ne pourront nommer, dans aucun cas, les personnes qui les auront chargés de négociations, auxquelles ils seront tenus de garder un secret inviolable... » Cela à peine de destitution et 3.000 livres d'amende plus les dommages-intérêts.

L'article 19 du décret du 27 prairial an X précise : « Les agents de change devront garder le secret le plus inviolable aux personnes qui les chargent de négociations à moins que les parties ne consentent à être nommées ou que la nature des opérations ne l'exige. »

Enfin le décret du 7 octobre 1890, dans son article 40, reproduit textuellement cette dernière disposition en la faisant suivre d'une restriction sur laquelle il y aura lieu de s'expliquer plus loin.

Il y a donc défense absolue aux agents de change, sous la sanction pénale de l'article 378, de révéler à qui que ce soit le nom de ses clients et leurs opérations. On sait, qu'en pratique, les agents traitent entre eux sans se révéler les noms quand il s'agit de titres au porteur ; on connaît également la pratique du transfert d'ordre quand il s'agit de titres nominatifs.

Le secret cesse dans deux cas : 1° quand les parties autorisent la divulgation ; 2° quand la nature des opéra-

tions l'exige. Ce second cas a soulevé des difficultés très délicates. On semble aujourd'hui reconnaître que « la nature de l'opération l'exige... » dès qu'il ressort du contrat un principe d'action d'une partie contre l'autre ; l'acheteur ou le vendeur du titre a droit à connaître sa contre-partie quand il a une réclamation à formuler contre elle (titre non entièrement libéré par exemple). Ce principe à peu près admis, on discute vivement sur les cas d'application ; nous ne pouvons entrer ici dans le détail (1).

Hors les cas du consentement du client et du droit résultant du contrat, l'agent de change doit le secret absolu à ceux qui ont opéré en bourse par son entremise ; l'intérêt de ces derniers justifie cette obligation tant au point de vue de leur crédit commercial qu'en considération de l'influence que la révélation du nom des spéculateurs pourrait avoir sur le marché et par suite sur l'issue de l'opération elle-même.

Dans quels cas ce secret cède-t-il non plus par la révélation verbale (en tant que témoin la situation de l'agent est la même que celle de tous ceux visés par l'article 378 du Code pénal, V. p. 40 et s.) mais par la production des livres de l'agent ? Nous allons l'examiner.

I. *Communication des livres.* — C'est une question très grave pour les auteurs qui attribuent à l'article 14 du Code de commerce l'importance que nous avons cherché à lui enlever, de savoir s'il est applicable à l'agent de change ;

(1) Voir Thaller, n° 772, note 1 ; Waldmann, *op. cit.*, *Pand. franç.* (V° *Agent de change*), IV, p. 773 et s. ; Cass., 8 août 1882, D. 83.I.244 ; Cass., 23 juin 1883, D. 85.I.383 ; Cass., 31 janvier 1887, *P. F.*, 87.I.58 ; Lyon, 2 juillet 1883, *J. val. mob.*, 1883, p. 443 ; Paris, 6 février 1885, *Loi*, 27 février 1885 ; Seine, 8 mai 1884, *G. P.*, 84.2, *Suppl.*, 82. Les notes de MM. Beaudouin et Lyon-Caen au S. 83.2.493 et *Messenger de Paris*, 10 août 1882, 19 février et 24 septembre 1883 ; Crépon, *op. cit.*, p. 256 et s.

si oui la communication pourra être ordonnée « dans les cas de succession, communauté, faillite, partage de société ». Sinon elle sera toujours proscrite.

Bédarride (*Bourses de commerce*, n° 405) soutient l'affirmative ; il prétend que l'agent de change est soumis au droit commun à ce point de vue, aucune exception formelle n'existant dans la loi. D'ailleurs, ajoute-t-il, n'ayant point à craindre de concurrence déloyale la divulgation de ses livres est beaucoup moins dangereuse que celle des livres d'autres commerçants.

Massé (*Dr. com.*, t. IV, n° 2501) et Alauzet soutiennent la négative en invoquant le secret professionnel. En ce sens on argumente du texte précité du règlement de 1706 et surtout de l'article 14 de l'arrêté de prairial an X : « Les agents de change et courtiers de commerce seront tenus de consigner leurs opérations sur des carnets et de les transcrire dans le jour sur un journal coté, etc..., lesquels registres et carnets ils seront tenus de *représenter aux juges* et arbitres... »

La production des livres est donc réglée par ce texte, dit-on, et seule la représentation est exigible. On cite en ce sens, à tort selon nous d'ailleurs, un arrêt de Bordeaux du 6 janvier 1875 (S. 75.2.40).

Si on envisage l'article 14 simplement comme une défense adressée aux tribunaux d'ordonner une communication à laquelle l'adversaire n'avait pas droit préexistant, il est tout à fait inutile de poser la question dans ces termes ; il faut rechercher alors si quelqu'un peut avoir droit à obtenir communication des livres d'un agent de change ; par là même sera résolue la question de savoir si cette communication peut être ordonnée. Pour faire cette recherche, nous devons reprendre les diverses

sources que nous avons examinées pour l'ensemble des commerçants.

a) *Fisc.* — C'est le droit commun modifié seulement par la loi de 1893 dont nous avons vu les règles principales.

b) *Justice criminelle.* — C'est le droit commun ; les saisies et perquisitions peuvent se faire chez l'agent de change comme partout ailleurs (Comp. p. 51).

c) *Justice civile.* — Nous devons parler plus loin de la représentation.

d) *Copropriété.* — Les règles de la profession ne permettent pas la copropriété d'une charge d'agent de change ; en principe l'agent doit être seul propriétaire de son office ; il semble donc qu'il ne peut y avoir ici de difficulté.

Mais la loi du 2 juillet 1862, modifiant l'article 75 du Code de commerce, a permis aux agents qui exercent dans une bourse munie d'un parquet de s'adjoindre des associés ou plutôt des bailleurs de fonds jusqu'à concurrence des $\frac{3}{4}$ du capital engagé : l'acte d'association est soumis à l'approbation de la chambre syndicale et communiqué au ministre des finances (D. 7 octobre 1890, art. 6).

On n'est pas d'accord sur le caractère juridique de cette association ; est-ce ou non une commandite ? Est-ce une convention *sui generis* ou une véritable société ? On discute d'ordinaire cette question au point de vue de la défense d'immixtion du commanditaire ; la communication des livres donne un autre intérêt à la solution.

En effet s'il y a vraiment société il s'ensuit que les bailleurs de fonds ont droit, comme associés, à se faire communiquer les livres en vertu des principes généraux. Mais le secret professionnel ne s'oppose-t-il pas à cette

situation ? L'agent n'a pas le droit de révéler le nom des clients et les opérations qu'ils font exécuter par son entremise ; en contractant une société il s'engagerait à révéler tout cela à ses commanditaires ; de plus ceux-ci ne sont pas tenus au secret professionnel ; la loi a-t-elle voulu ce résultat ?

Nous croyons qu'il faut refuser le caractère de société en commandite à la convention dont il s'agit ; il n'existe qu'une similitude d'aspect entre ces deux contrats (1) ; dès lors nous sommes en présence d'une « participation aux bénéfices » qui n'est point une société ; y a-t-il droit à la communication des livres en vertu de la concession tacite dont nous avons reconnu l'existence en des contrats analogues ? Evidemment non : l'agent de change violerait son secret professionnel en prenant expressément un tel engagement ; on ne peut donc le sous-entendre dans le contrat qu'il passe avec l'approbation de la chambre syndicale.

Cette communication ne serait même pas exigible lors de la liquidation ; cette opération sera faite par un administrateur nommé par justice ; il pourra y avoir représentation mais pas communication. En sens contraire un jugement du Tribunal de la Seine du 16 décembre 1869 (*J. Trib. commerce*, t. 20, p. 261). Ruben de Couder (*Dictionnaire des agents de change*, n° 87) repousse la communication et même tout droit de surveillance pour le prétendu commanditaire pendant la durée de l'association, mais lui accorde ces mêmes droits pendant la liquidation ; en faveur de cette distinction dépourvue, selon nous, de justification il cite à tort le jugement que nous venons

(1) *Sic* : Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, p. 588 et s. IV.

de mentionner ; cette décision en effet ne se prononce nullement sur les droits des parties pendant la durée de l'association : cette question n'était pas soulevée.

La situation du pseudo-commanditaire est alors, selon nous, celle d'un prêteur sans droit à la communication ; s'il a des réclamations à formuler il les portera à la justice qui, elle, pourra s'éclairer.

e) *Indivision provisoire.* — Nous nous retrouvons ici dans le droit commun ; les héritiers ou le conjoint ont leurs droits ordinaires ; il y aurait seulement à rechercher la portée et la valeur légales de l'article 8 du décret de 1890 qui ordonne de laisser les livres obligatoires entre les mains des successeurs à la charge ou, suivant le cas, de les déposer à la chambre syndicale ou au greffe du tribunal de commerce. Cette disposition nous paraît obligatoire pour les héritiers.

f) *Démembrement de la propriété.* — Il n'y a pas à parler de mise en gage, ni d'usufruit ; quant à la faillite (c'est-à-dire ici la banqueroute) c'est le droit commun. Ajoutons qu'aux termes de l'article 7 du décret de 1890 chaque fois qu'il y a lieu de considérer une charge comme vacante la chambre syndicale désigne un agent pour continuer les négociations en cours et les certifications ; en tous cas, à la requête de la partie la plus diligente le président du tribunal civil commet un administrateur provisoire.

g) *Concession du droit de communication.* — Nous avons déjà dit que l'obligation au secret professionnel interdit absolument une convention pareille ; il n'y aura donc jamais à sous-entendre cette clause ; si elle était formellement exprimée elle serait nulle et annulerait le contrat dont elle serait condition accessoire.

Cette doctrine reste d'ailleurs en parfaite harmonie avec ce que nous avons dit des obligations du commissionnaire ducroire ; celui-ci doit des justifications mais jamais la communication de ses livres ; ici il est dispensé de donner le nom des tiers non par l'usage mais par la loi elle-même ; si après l'avis d'opéré et le bordereau le client a des doutes il s'adressera à la justice (Paris, 4 février 1865, S. 65.2.26 ; Bordeaux, 6 janvier 1875, S. 76.2.40).

Enfin il existe un cas de communication spécial aux agents de change ; les articles 22 et 40 du décret du 7 octobre 1890 permettent à la chambre syndicale « de mander devant elle tout agent de change et ordonner la production de son carnet et de ses livres. Elle ne peut se refuser à cette enquête dès que trois membres de la corporation la demandent » (art. 22) et l'article 40 fait exception au secret professionnel en réservant « le droit d'investigation qui appartient à la chambre syndicale... et qu'elle n'exerce elle-même que sous le sceau du secret professionnel ».

II. *Représentation des livres.* — Nous avons cité plus haut le texte de l'article 11 de l'arrêté de prairial qui prescrit aux agents de change « de représenter aux juges et arbitres » leurs livres et carnets. Il ne saurait donc y avoir de doute à cet égard : les livres des agents de change sont soumis à la représentation comme ceux de tous commerçants (1). Ajoutons que le mot « arbitre » dési-

(1) Il paraît qu'en pratique les agents de change ont pris l'habitude de ne point porter les noms des clients sur les livres et de les indiquer par des numéros ; grâce à une table de concordance qu'ils gardent par devers eux ils sont seuls à pouvoir traduire ces numéros ; cette pratique nous semble absolument contraire à la loi ; les auteurs qui l'approuvent invoquent « le secret professionnel ». Mais dans le cas où la représentation

gne les personnes choisies en vertu d'un compromis et non les experts désignés par le tribunal de commerce ; cette observation a peu de portée car, en désignant ces experts, le tribunal ordonnera d'ordinaire la représentation devant eux.

Malgré cette assimilation au droit commun, les tribunaux procéderont rarement à la représentation des livres de l'agent de change ; on lui demandera d'ordinaire des extraits de ses livres certifiés conformes et on s'en contentera le plus souvent. Cependant les juges du fait ont un pouvoir discrétionnaire pour ordonner la représentation dans la forme habituelle (1). La jurisprudence est fixée dans ce sens : V. Orléans, 1^{er} mars 1884, S. 87.1.452 ; Cassation, 19 août 1823, Sirey Chron. ; Paris, 10 juillet 1885, D. 86.2.190 ; V. aussi Cass., 12 mars 1834, S. 35.1.63 et 17 mars 1862, S. 63.1.126 ; arrêts précités de Bordeaux, 1875 et Paris 1865. Enfin un arrêt de Lyon du 2 mai 1888 (*Droit financier*, 1888, p. 264) déclare que « la vérification des livres des agents de change est une mesure exceptionnelle qui ne peut être prise que si elle est demandée par des conclusions en fraude ou simulation accompagnées de présomptions graves ».

Il est certain que la justice ne saurait prendre trop de précautions avant d'ordonner à la légère une mesure qui peut donner lieu aux plus graves indiscretions.

est ordonnée, le secret est précisément levé. Comp. : Hallays, *op. cit.*, p. 154 ; Courtois, *Traité élémentaire des opérations de bourse*, p. 213.

(1) Voir en doctrine les auteurs cités en note au chapitre II de la première partie, p. 106. *Adde*, Thaller, n° 772, note 1 ; Pardessus, n° 126 ; Bédarride, n° 405 ; Delamarre et Lepoitvin, n° 148 ; Ruben de Couder, *op. cit.*, n° 185.

TROISIÈME PARTIE

LE SECRET DEVANT LES TIERS

CHAPITRE PREMIER

GÉNÉRALITÉS.

Nous avons vu comment le secret d'affaires se comporte devant ceux qui, armés de la loi ou d'un contrat, prétendent obliger le commerçant à leur montrer ses livres ; comment se comporte-t-il maintenant devant les tiers, devant la masse des individus qui, ayant plus ou moins d'intérêt à se renseigner mais aucun titre spécial pour former une réclamation directe, chercheront d'autres procédés détournés et d'une légalité moins sûre ? Ce n'est plus une lutte dans un prétoire entre deux plaideurs dont le désaccord actuel sort d'un accord ancien ; c'est la mêlée de la concurrence commerciale, où chacun pour défendre son existence et s'assurer la victoire, cherche le défaut de la cuirasse pour abattre ses ennemis. Quelles armes sont permises ? Quelles ruses défendues ? Où la limite qui borne les libertés de chacun ?

Questions résolues en fait par les juges, dira-t-on ?

Cela ne signifie-t-il pas que chaque espèce avec ses circonstances de détail agissant plus par sentiment que par raison recevra une solution que nous voulons croire équitable mais indépendante de toute règle générale, de tout principe véritable de droit ?

Cependant cette matière de la « concurrence déloyale » est dominée par le plus populaire des articles du Code civil, l'article 1382 ; mais quand on a prononcé « Celui qui par *sa faute cause un préjudice* doit le réparer », on n'a pas avancé ; car il faudrait savoir quand il y a faute ? Question de fait ? mais encore faudrait-il une règle ; d'ailleurs il y a aussi une question de droit : l'auteur de l'acte incriminé ne peut être en faute s'il a usé d'un droit (1) ; or quels sont les droits en matière de concurrence ?

C'est sous ce régime que vit le secret d'affaires ; il est donc très difficile de répondre à des questions malaisées à préciser ; nous chercherons plutôt à indiquer leurs rapports, leurs influences réciproques.

Il nous paraît peu intéressant de détailler ici les obligations de publicité que la loi impose aux commerçants.

Pour les commerçants particuliers : publication du régime matrimonial, faillite, liquidation judiciaire.

Pour les sociétés les lois de 1867 et 1893 sont assez

(1) Nous insisterons plus loin sur cette idée et ses conséquences en notre matière. Sur le principe de la responsabilité délictuelle, V. Muteau, *Responsab. civile*, p. 13 et 14. Cet auteur cite la loi 15 *de reg juris* : *Id jure fecit et nemo damnum fecit nisi qui est fecit quod facere jus non habet*. Coutume de Bretagne, art. 107 : « Icelui n'attente qui n'use que de son droit ».

V. Dalloz, *Rép.*, Vo *Responsabilité*, n° 99. « Par faute la loi entend tout ce qu'on fait sans en avoir le droit ou ce qu'on néglige de faire lorsqu'on devrait le faire. »

Cp. Delime (*Phil. du droit*, II, p. 406) : « le principe des obligations délictueuses n'est pas la faute mais le fait préjudiciable commis sans droit ».

connues et commentées pour que nous n'énumérions pas les formalités de formation, dépôts de statuts, assemblées générales, etc. De même sont sans intérêt les mesures de sécurité prises dans l'intérêt du public en ce qui concerne les sociétés d'assurances, secours mutuels, etc

Pour les ventes de fonds de commerce l'usage a introduit certaines publications par la presse ; mais la loi n'a rien ordonné et une proposition a été déposée devant le Parlement en ce sens.

Ces points de détail écartés nous restons en présence de difficiles problèmes ; voici comment ils se présentent en pratique.

A est commerçant : 1° peut-être fabrique-t-il ou transforme-t-il des produits ; il a alors des procédés spéciaux de fabrication, les uns brevetés, par conséquent publics et protégés, les autres non brevetés (parce que non brevetables), personnels et secrets ; 2° il a choisi ses fournisseurs, passé avec eux des traités à des conditions spéciales ; 3° il a des clients réunis par lui ou ses représentants ; il leur applique un certain régime ; peut-être ne les traite-t-il pas tous de même ; 4° il a peut-être des bailleurs de fonds, en tous cas des créanciers et des débiteurs par la circulation d'effets de commerce ; il a des échéances à prévoir, des rentrées pour y faire face ; 5° il a divisé le travail entre ses employés suivant sa conception personnelle ; il y a là un agencement spécial, etc., etc.

Tout cela, ce sont les éléments de sa vie commerciale ; là est le germe de sa prospérité ou de sa ruine. Que l'organisation en soit ou non satisfaisante A est certainement très intéressé à les cacher au public ; tout au plus se vantera-t-il de quelques détails exceptionnelle-

ment favorables et de nature à lui acquérir une grande réputation de solvabilité et de succès. Mais en réalité il aura grand soin d'ordinaire :

1° De cacher les causes de son succès pour ne pas susciter des concurrents qui le battront avec ses propres armes et lui prendront ses clients ;

2° De ne pas laisser deviner les points sensibles, les crises possibles ; les concurrents en profiteraient pour le ruiner. Qu'il se trouve dans une situation embarrassée il peut trouver de l'argent et se relever facilement, s'il la cache au dehors ; sinon les guichets des banques se fermeront ou les conditions deviendront plus dures ; ou encore le concurrent qui s'est procuré la liste des créanciers achètera leurs titres, poursuivra sans merci et acculera A à la faillite.

Mais en sens contraire ont intérêt à connaître ce que A veut cacher :

1° Ceux qui veulent traiter avec lui à crédit ; qu'ils lui avancent des fonds ou des marchandises, seront-ils payés ? Qu'y a-t-il derrière cette façade de prospérité ? A est-il un honnête homme chez qui le passé et le présent garantissent l'avenir, qui tiendra ses engagements ? Ou, brasseur d'affaires louches, est-il capable de se dérober ? A-t-il des fonds en banque, des débouchés assurés ou fait-il circuler des valeurs de complaisance ? Ne vend-il pas à bas prix les marchandises qu'il a achetées à crédit (bande noire) ? Sa vie commerciale est-elle normale ou est-il menacé d'une faillite prochaine ? N'est-il pas naturel qu'avant de traiter une affaire, peut-être en pays étranger, on cherche une réponse à ces questions ?

2° Les concurrents qui cherchent à l'emporter sur A par la bonne qualité, le choix, le prix de leurs pro-

duits (1); il serait précieux pour eux de connaître ses procédés, ses débouchés, et aussi la résistance que ses capitaux ou son crédit peuvent lui permettre contre une crise.

3° Enfin le public, les consommateurs ; moins curieux que les précédents, dans leur recherche du produit convenable au plus bas prix, ils voudraient connaître ceux qui se disputent leur faveur, afin de faire un choix éclairé et d'éviter d'être trompés sur ce qu'ils achètent.

Donc effort pour cacher d'un côté ; de l'autre effort pour connaître. Nous savons dans quels cas le commerçant est obligé de satisfaire les curiosités ; hors ces cas, il a le droit de ne rien dire ; mais les autres ont-ils le droit de chercher à savoir ? Le commerçant peut-il s'opposer à ces enquêtes faites en dehors de lui et contre lui ? Peut-il du moins s'en plaindre et se faire indemniser du préjudice souffert ?

On le voit, il y a là une question essentielle qui met en jeu la nature, presque l'existence du secret d'affaires ? Consiste-t-il simplement dans le droit pour un commerçant de ne pas divulguer lui-même ses affaires ? Comprend-il le droit de s'opposer à ce qu'elles soient divulguées ? En face de ce droit les tiers n'en élèvent-ils pas un autre ?

Si l'on répond négativement à cette dernière question, il pourra y avoir faute à s'immiscer dans les affaires d'autrui et l'article 1382 sera applicable ; sinon l'auteur de l'intrusion n'ayant fait qu'user de son droit il échappe à l'article 1382.

(1) A ce point de vue, le progrès n'est-il pas le résultat de cette lutte des concurrents pour l'amélioration sans cesse cherchée ? Le public profite de ces perfectionnements.

Avant d'examiner cette question, inabordable de front, nous allons, par un vice apparent de méthode, rechercher les hypothèses qui échappent au droit commun ; nous espérons dans ces faits, régis par des dispositions précises, trouver des éléments d'appréciation pour dégager la règle de principe.

C'est qu'en effet, en dehors de l'article 1382, le secret est défendu par la loi dans certains cas ; il y a des révélations interdites à certaines personnes ou dans certaines conditions ; par conséquent, il est défendu aux tiers de les provoquer. C'est bien là une protection contre les tiers quoique les prohibitions légales ne semblent pas les viser.

Le commerçant pourra, suivant les circonstances (sans que l'article 1382 soit en cause), invoquer :

- 1° L'article 418 du Code pénal ;
- 2° L'article 378 du Code pénal ;
- 3° La loi du 29 juillet 1881 ;
- 4° L'article 1142 du Code civil

CHAPITRE II

PROTECTIONS SPÉCIALES.

SECTION I. — Article 418 du Code pénal.

1^o Article 418 du Code pénal (modifié par la loi du 13 mai 1863). — « Tout directeur, commis, ouvrier de fabrique, qui aura communiqué ou tenté de communiquer à des étrangers ou à des Français résidant en pays étrangers des secrets de la fabrique où il est employé, sera puni d'un emprisonnement de deux ans à cinq ans et d'une amende de cinq cents à vingt mille francs.

« Il pourra en outre être privé des droits mentionnés en l'article 42 du présent Code pendant cinq ans au moins et 10 ans au plus à compter du jour où il aura subi sa peine. Il pourra aussi être mis sous la surveillance de la haute police pendant le même nombre d'années.

« Si ces secrets ont été communiqués à des Français résidant en France la peine sera d'un emprisonnement de trois mois à deux ans et d'une amende de 16 à 200 francs.

« Le maximum de la peine prononcée par les paragraphes 1 et 3 sera nécessairement appliqué, s'il s'agit de secrets de fabriques d'armes et munitions de guerre appartenant à l'État. »

Voilà donc un texte qui punit sévèrement une atteinte au secret d'affaires ; bien évidemment la personne lésée pourra obtenir la réparation civile du préjudice causé par

ce délit ; elle pourra la réclamer à l'auteur et aux complices ; il importe donc de préciser : A) à quelles personnes l'article 418 est applicable ; B) à quels actes.

A. — *A qui il s'applique.*

Par les expressions employées « tout directeur, commis, ouvrier de fabrique » le Code a bien marqué qu'il entendait viser toute personne liée par un contrat de louage d'ouvrage dans la fabrique dont il révèle les secrets ; peu importe le nom et la fonction qu'il occupe pourvu qu'il soit un employé et qu'il connaisse le secret à la faveur de son emploi. C'est ainsi que l'associé ne tombe pas sous le coup de l'article 418 ; on voit en passant un intérêt de plus à la question de savoir si tel contrat de participation aux bénéfices est ou non une société ; nous avons vu qu'en général ce caractère fait défaut aux contrats de ce genre, qu'il doit être écarté en particulier pour les commis intéressés et ouvriers participants. L'article 418 leur est donc applicable.

Pour la complicité il suffit de se reporter à l'article 60 du Code pénal ; on frappera donc les industriels concurrents et les intermédiaires qui auront poussé l'auteur principal à la révélation délictueuse. L'article 62 ne permettrait-il même pas d'atteindre ceux qui en auront profité sans y avoir expressément provoqué ? En tous cas il y aurait certainement faute, c'est-à-dire délit civil, à accueillir la révélation coupable et l'article 1382 permettrait d'obtenir une réparation.

Malheureusement la répression n'est possible que si la révélation est faite pendant que son auteur « est employé dans la fabrique ». L'interprétation étant nécessairement restrictive en matière pénale, l'ouvrier qui, probablement

dans l'intention bien arrêtée de tirer profit des secrets surpris, quitte la fabrique et va le lendemain en demander un bon prix à une maison rivale, échappe à la répression. Tout au plus peut-on appliquer l'article 418 au cas où ce départ et cette vente résultent d'une convention précédente faite entre l'ouvrier et le concurrent peu scrupuleux. Cette solution est généralement acceptée (1).

Nous rechercherons plus loin s'il y a des conséquences à tirer au point de vue civil dans ces situations où l'article 418 n'est plus applicable.

B. — *A quoi il s'applique.*

La loi parle de « communication à des Français ou étrangers... de secrets de fabrique ». Il suffit donc qu'il y ait eu révélation (de certains secrets qu'il y aura à préciser). Peu importe que la communication ait été faite à des industriels ou à des particuliers, qu'elle ait été suivie d'une utilisation ou qu'on ne se soit pas servi du procédé divulgué. Peu importe même, suivant nous, que la communication ait été faite sans intention de nuire, par légèreté, bavardage, ou dans un but d'intérêt personnel plus ou moins excusable ; il suffit qu'il y ait eu intention, c'est-à-dire volonté libre de commettre l'acte que la loi déclare répréhensible. Nous renvoyons sur ce point aux autorités qui seront citées à propos de l'article 378, siège d'une controverse très vive sur ce point.

Qu'est-ce maintenant qu'un secret de fabrique ? Après avoir un peu varié, la doctrine et la jurisprudence admettent aujourd'hui qu'il faut entendre par là « tout procédé

(1) V. Allart, *Concurr. déloyale*, n° 205 et s. ; A. Rendu, *Id.*, n° 525 ; Fuzier-Hermann, *Répert.*, V° *Concurr. déloy.*, n° 554 et s. ; Trib. Seine, 7 déc. 1891, *Loi*, 18 décembre.

de fabrication secret, brevetable, ou non » (Allart). Il y a là des questions appréciées par les tribunaux dans l'examen desquelles nous ne pouvons entrer (1). Indiquons seulement que sont compris dans cette définition tous les procédés de détail, tous les « tours de main » particuliers à une fabrique et qui aboutissent à différencier les uns des autres des produits souvent fabriqués par des machines semblables, avec des matières premières identiques. Ces procédés d'ailleurs peuvent consister dans l'agencement des machines ; le choix ou la combinaison des matières, etc. Qu'ils soient brevetables ou non, peu importe, *pourvu qu'ils ne soient pas brevetés* ; car dès lors ils sont censés publics (au point de vue de leur connaissance bien entendu et non de leur utilisation).

Ce sera bien naturellement une question de fait que de savoir : 1° si le procédé était bien secret ; 2° s'il était nouveau ou appartenait antérieurement à d'autres ; 3° si l'ouvrier l'a connu dans l'usine. Remarquons d'ailleurs que l'article 418 s'appliquera alors même que l'ouvrier serait l'inventeur du procédé ; il y a là une question de propriété industrielle que nous ne pouvons qu'indiquer (2).

Pour résumer cet examen rapide, une partie du secret d'affaires est défendue par la loi pénale, par suite par la loi civile : c'est le secret de fabrique ; tout empiétement

(1) V. les ouvrages de M. Eug. Pouillet et les *Annales de la propr. industrielle*.

(2) L'invention faite par un salarié dans son travail appartient le plus souvent au patron sous la direction et l'influence duquel elle a été cherchée. V. Mainié, *Brevets d'invention*, n° 1030 et s. Pour l'application de l'article 418 dans cette hypothèse, Trib. corr. de la Seine, 8 mai 1862, *Journal propr. industrielle*, n° 232 ; Comp. sur la propr. de l'invention, Lyon, 19 mai 1886, *Rec. Lyon*, 1886, p. 291 ; Douai, 7 mars 1888, *Droit ind.*, 1888, p. 58.

sur ce secret n'est d'ailleurs pas réprimé ; il n'y aura répression que si la divulgation provient d'un employé. Convient-il d'étendre la notion de faute de l'article 1382 plus loin que celle de l'article 418 du Code pénal et de défendre le secret de fabrique contre tous autres empiétements ; nous n'avons pas à le rechercher dans ce paragraphe où nous nous bornons à l'examen d'un texte.

Dans les paragraphes suivants l'action du commerçant va s'appuyer non plus sur un texte qui défend telle catégorie de ses secrets, mais sur des dispositions légales qui s'appliquent à tels personnes ou à tels actes sans distinguer suivant le contenu du secret.

SECTION II. — Article 378 du Code pénal.

« Les médecins, chirurgiens et autres officiers de santé, ainsi que les pharmaciens, les sages-femmes et toutes autres personnes dépositaires, par état ou par profession, des secrets qu'on leur confie, qui, hors les cas où la loi les oblige à se porter dénonciateurs, auront révélé ces secrets seront punis d'un emprisonnement d'un mois à six mois et d'une amende de 100 francs à 500 francs. »

En quels cas cet article pourra-t-il être invoqué par le commerçant ? Ce n'est d'ordinaire aucune des personnes expressément désignées par le Code, médecins, chirurgiens, etc. qui en cette qualité auront connu et révélé le secret de ses affaires commerciales ; mais la loi ajoute « toutes autres personnes dépositaires par état ou profession... » ; nous nous demanderons quelles sont ces personnes ; si quelqu'une d'entre elles a reçu à titre professionnel confidence du secret d'affaires et l'a divulgué, le négociant lésé pourra obtenir d'elle et de ses complices

la réparation civile du dommage. Nous n'avons pas à étudier en détail l'article 378 et les controverses nombreuses qu'il a soulevées ; nous nous proposons de montrer seulement qu'il trouvera son application en notre matière : A) au point de vue des personnes visées ; B) au point de vue des faits révélés.

A. — *A qui il s'applique.*

Quelles personnes sont visées par l'article 378 ? si l'on entendait la loi d'une manière absolument littérale on pourrait appuyer toute la théorie du secret d'affaires à l'égard des tiers sur cette disposition générale ; toute personne qui, dans l'exercice de sa profession connaîtrait le secret d'autrui serait astreinte au silence ; il y aurait délit et par suite réparation civile à révéler quoi que ce soit des faits ainsi appris ; les employés, les correspondants, les fournisseurs du commerçant seraient ainsi compris dans cette théorie rigoureuse.

Mais tel n'est pas le sens de l'article 378 ; si l'on est loin d'être d'accord dans l'application, du moins admet-on en général que certaines professions sont seules soumises au secret professionnel : ce sont celles dont l'accès n'est pas libre, qui se présentent avec une sorte de monopole, auxquelles il faut nécessairement recourir ; le tribunal correctionnel de Marseille disait dans son jugement du 11 février 1893 (*Le Droit*, 13 juillet) ;

« Attendu que l'article 378 n'est applicable qu'aux personnes qu'une investiture publique désigne à la confiance de tous, qu'un état ou une profession légalement reconnus préposent d'une façon permanente à l'exclusion d'autres individus à la confidence de faits dont il convient que le secret soit gardé même en présence de la justice crimi-

nelle. » Muteau (*Secret professionnel*) entend « toutes les personnes qui à raison d'un monopole, d'un privilège, d'une fonction spéciale, d'un état ou profession reconnus, sont appelées à recevoir à l'exclusion de toutes les autres les confidences... ».

En somme l'idée essentielle est celle-ci : quand l'individu peut choisir librement celui qui lui rendra le service dont il a besoin, si la confiance qu'il a mise dans le confident de son choix est trahie, tant pis pour lui ; la loi ne punit pas cette trahison. Mais si le choix n'est pas libre, si l'exercice de la profession est limitée par la loi à certaines personnes qu'elle juge offrir des garanties, qu'elle désigne au public alors la révélation du secret est un délit.

Dès lors parmi les personnes qui peuvent, par leur fonction, être mêlées aux affaires du commerçant sont tenus au secret : les avocats, les avoués, les agréés, les notaires ; les magistrats pour ce qu'ils connaissent autrement qu'en audience publique (Cassation, 18 août 1882, D. 83.1.46) ; les greffiers (Cassation, 9 juillet 1886, D. 86.1.475), les experts.

Il y a controverse pour certains fonctionnaires de police (oui pour les commissaires de police, Cass., 10 janvier 1884, oui pour les inspecteurs de la sûreté, Seine, 26 décembre 1895, D. 96.2.231 ; Comparer : Seine, 22 mars 1894, et 25 mars 1896, *G. P.*, 94.2.50 et *G. P.*, 96.1.437).

Les employés des postes et télégraphes sont visés d'abord par l'article 187 du Code pénal : suppression ou ouverture de lettres : 3 mois à cinq ans d'emprisonnement et amende ; ils le sont aussi par l'article 378 en cas de divulgation de dépêches, cartes postales ou pneuma-

tiques ou lettres ouvertes, etc., ou même de détails appris en service. Quoiqu'un arrêt de cassation du 14 mars 1885 semble dire le contraire la jurisprudence est dans ce sens (Cass., 21 novembre 1874, D. 75.1.234).

Enfin nous ne parlons ni des agents de change, ni des courtiers à privilège ; de même les huissiers, employés de Mont-de-Piété, etc.

Mais l'article 378 n'est applicable ni aux agents d'affaires (*Contrà* : Muteau), ni aux commissionnaires même du croire, ni aux employés de commerce, caissiers, comptables, directeurs, etc., d'une maison de commerce (Jugement précité de Marseille, 1893), ni aux administrateurs ou inspecteurs de société, etc.

Ajoutons qu'il existe un secret professionnel administratif dont la violation peut entraîner des peines disciplinaires ; il y aurait alors lieu à un recours devant les tribunaux administratifs et non plus une instance judiciaire (1).

Il est facile de voir que les personnes que nous avons énumérées peuvent fréquemment recevoir en dépôt une partie du secret d'affaires ; l'article 378 a donc une certaine importance au point de vue de notre étude.

Il permettra au commerçant de se défendre contre toute indiscretion qui viendrait d'un de ses confidentes nécessaires ou de leurs auxiliaires ; les avocats, avoués, notaires, huissiers ou leurs clercs (car les clercs sont tenus au secret professionnel), les greffiers, juges, experts, agréés aux tribunaux de commerce connaissant, après chaque procès, une grande partie de la vie commerciale

(1) Sur ces divers points, V. Muteau, *Secret professionnel* ; Hallays, *Secret professionnel*.

du plaideur ; s'ils révèlent dans des conditions que nous allons préciser ce qui devait être caché, le négociant lésé n'aura qu'à en faire la preuve pour obtenir d'eux et de leurs complices les dommages-intérêts auxquels il a droit.

B. — *A quoi il s'applique.*

Quant à la révélation en elle-même et aux conditions qu'elle doit réunir pour être punissable, il suffit : 1° qu'il y ait révélation volontaire ; 2° de faits cachés.

1° Il suffit que la communication ait été faite volontairement à un tiers, même sans intention de nuire ; ce dernier point est controversé. Dans le sens de l'affirmative on peut citer la doctrine la plus récente : MM. Rauter et Cubain, Muteau, Hallays ; pour la négative : Legraverend, Faustin Hélie et Chauveau, Hémar, Dalloz dans son *Répertoire*. La jurisprudence semble fixée dans notre sens depuis l'arrêt du 18 décembre 1885, rendu sur le remarquable rapport de M. Tanon ; nous renvoyons à ce sujet à la note page 42 où nous tirons de ce principe sa conséquence en ce qui concerne l'obligation pour le confident de se refuser à parler devant la justice.

Et en effet le texte de l'article 378 est formel et absolu ; il a même exprimé une exception qui se fut imposée en son silence (aujourd'hui sans objet) ; l'intention de nuire est exceptionnellement imposée en droit pénal ; ce qui est exigé seulement c'est la volonté libre de commettre le fait. Enfin nos adversaires invoquent à tort les travaux préparatoires qui sont beaucoup plutôt dans notre sens ; le titre de la section à laquelle appartient notre article ne fournit réellement pas un argument sérieux.

2° Quant aux faits eux-mêmes on ne soutient plus guère

aujourd'hui qu'ils doivent, pour donner lieu à la violation de l'article 378, être de nature à diminuer la considération de la personne intéressée ; on n'exige plus guère qu'ils aient été révélés au confident sous le sceau du secret ; il suffit qu'ils aient été connus dans et par l'exercice de la profession.

Déterminer quels faits sont secrets, cela est plus facile en fait qu'en théorie ; il suffira que le fait ne soit pas connu du public au moment de la confidence et qu'il soit de nature à rester tel ; il est certain qu'un juge ou un avocat ne viole aucun secret en faisant connaître que tel plaideur a perdu tel procès ; ils violeraient l'article 378 en révélant ce que l'examen de la cause en chambre des délibérations ou chez l'avocat a permis de constater.

Dès lors l'article 378 devient la seule sauvegarde du commerçant chaque fois qu'il fait ou subit un procès et surtout chaque fois qu'il est astreint à la représentation des livres ; toutes ses affaires ont été exposées devant les juges, les experts, les greffiers ; si quelqu'un d'entre eux révèle autre chose que les indications, que les plaidoiries et le jugement public mettent légitimement au jour, le plaideur obtiendra à son choix une réparation pécuniaire devant les tribunaux répressifs ou civils ; l'indiscrétion serait surtout à craindre de la part des juges ou experts commerciaux qui sont souvent des concurrents d'une des parties ; nous ne connaissons pas d'exemple d'une poursuite de ce genre contre ces personnes et il est à souhaiter que l'article 378 reste inutile en ce qui les concerne.

Mais l'article 378 est absolument inapplicable, il faut le répéter, à ceux que le commerçant choisit librement pour confident ; y a-t-il en ce qui les concerne un secret professionnel dont la violation peut entraîner des consé-

quences civiles ? Nous réservons la question ; mais au point de vue de l'article 378 il faut approuver les termes du jugement précité de Marseille (*Droit*, 13 juillet 1893) qui, après le considérant cité plus haut où il définit les professions visées par la loi pénale, ajoute :

« Attendu que le commis ou employé de commerce qui se montre indigne de la confiance que son patron a cru devoir leur accorder par un choix absolument libre, viole ses engagements particuliers et manque gravement à ses devoirs, mais ne peut être considéré comme ayant contrevenu à l'ordre public au même titre que les personnes ci-dessus visées. »

Les auteurs et les répertoires se rangent à cette doctrine.

SECTION III. — Loi du 29 juillet 1881.

On sera peut-être surpris d'abord de voir intervenir ici la loi de 1881 « sur la liberté de la presse » ; et en effet cette loi ne prononce pas le mot « secret » et ne semble faire aucune allusion à une atteinte quelconque portée aux secrets des particuliers ; cependant elle touche de la manière la plus directe aux questions dont nous nous occupons.

Elle punit la diffamation et l'injure ; négligeons l'injure à laquelle d'ailleurs s'appliqueront indirectement la plus grande partie de nos observations ; la diffamation consiste en « toute obligation ou imputation d'un fait qui porte atteinte à l'honneur ou à la considération de la personne ou du corps auquel le fait est imputé » (art. 29).

Quatre observations préciseront les rapports entre la diffamation et le secret d'affaires.

A. — *Vérité des faits diffamatoires.*

La diffamation diffère complètement de la calomnie ; il importe peu que les faits imputés soient vrais ou faux ; révéler dans les conditions exigées par la loi que tel individu a subi une condamnation infamante constitue une diffamation, que la condamnation soit imaginaire ou véridique. Cette considération explique la possibilité d'une action en diffamation dans les cas de révélation du secret d'affaires ; si la loi ne punissait que la calomnie, de deux choses l'une : ou les faits imputés seraient vrais et alors pas de responsabilité, ou ils seraient faux et alors comment aurait-on porté atteinte à un secret en inventant des mensonges ? Dans le système actuel au contraire la publication de faits exacts et secrets (si d'ailleurs cette publication présente les autres caractères punissables) tombe sous le coup de la loi ; en règle générale le diffamé n'est pas légalement autorisé à prouver la fausseté d'une diffamation et le diffamateur n'échappera point à la responsabilité en prouvant la vérité de ses dires.

Par conséquent, en réservant les autres conditions exigibles, le commerçant dont on a révélé les secrets obtiendra réparation civile des diffamateurs ; il ne sera pas question de secret sans doute, mais au fond que veut la loi ? Elle veut défendre la vie de chacun contre les investigations, les indiscretions, les empiétements : c'est le système du « mur de la vie privée ». C'est bien le secret des individus qui est protégé.

On sait que la preuve est au contraire admise contre les fonctionnaires pour faits relatifs à leurs fonctions, contre « les directeurs ou administrateurs de toute entreprise industrielle, commerciale ou financière faisant publique-

ment appel à l'épargne ou au crédit ». Ici dans un intérêt supérieur le secret est entamé ; il semble en vérité qu'il y ait incompatibilité complète entre lui et la société par actions ; vis-à-vis de ses membres, vis-à-vis du public, vis-à-vis de la presse, partout pour elle nous trouvons des brèches au secret d'affaires.

A cette exception près le commerçant pourra revêtir son action en violation du secret de la forme d'une action en diffamation devant les tribunaux répressifs ou civils.

B. — *Atteinte à la considération.*

Pour qu'il y ait diffamation il faut qu'il y ait atteinte à l'honneur ou à la considération. Une violation de secret peut-elle offrir ce caractère ? Incontestablement oui ; tout le monde reconnaît que la considération ou l'honneur commercial sont parfaitement compris dans ces termes de l'article 29 ; or la révélation de secrets commerciaux peut parfaitement rentrer dans ces termes : dire d'un commerçant qu'il est criblé de dettes, notamment qu'il doit à telles personnes ; qu'il a subi de nombreux protêts ; qu'il vend pour neuves des marchandises qu'il a achetées d'occasion ; qu'il se prétend propriétaire de vignobles du Bordelais alors qu'il fabrique son vin à Paris ; qu'il se livre à une circulation frauduleuse d'effets de complaisance avec telle banque ; que sa signature est refusée par les grandes banques, etc., etc. ; les exemples abondent en pratique ; autant de faits qui porteront atteinte à la considération commerciale, diminueront la clientèle ; s'ils sont exacts ils portent aussi atteinte au secret. La loi permet de frapper ceux qui les répandent.

C. — *Publicité de la diffamation.*

Les articles 30, 31, 32 de la loi de 1881 punissent la diffamation *publique* ; et l'article 23 définit cette publicité : elle consiste en « des discours, cris ou menaces proférés dans des lieux ou réunions publics ; des écrits, des imprimés vendus ou distribués, mis en vente ou exposés dans des lieux ou réunions publics ; des placards ou affiches exposés au regard du public ». Mais il est très important de remarquer que, par une interprétation de l'article 33 qui serait peut-être discutable, la jurisprudence applique à la diffamation non publique la peine de l'injure non publique ; c'est-à-dire celle de l'article 471, § 11 (1) (Cf. Cassation, 4 juillet 1856).

D'où la conséquence que la publicité n'est pas exigible à notre point de vue ; il y a délit donc faute civile dans la diffamation même non publique ; les règles de compétence seules varient (Compétence du juge de paix pour la diffamation verbale non publique, art. 5, § 5, loi 25 mai 1838).

Bien entendu la publicité restera à considérer au point de vue de la preuve du préjudice ; nous n'en parlons en ce moment qu'au point de vue de la faute.

D. — *Intention de nuire.*

Nous touchons ici à la condition essentielle de la diffamation ; si elle n'était pas exigée les explications précédentes montrent que l'action en diffamation (publique ou non publique) permettrait d'atteindre toute révélation du secret dès que cette révélation causerait un préjudice à

(1) Cass., 3 juin 1892, *P. F.*, 93, 4.399.

la considération commerciale ; désarmé contre la divulgation d'un fait favorable ou indifférent à sa considération (bien qu'elle puisse lui nuire pécuniairement), le commerçant serait défendu contre la révélation des faits défavorables.

Mais la diffamation, suivant une doctrine et une jurisprudence constantes, n'est point délictueuse si elle n'est point inspirée par « l'intention de nuire ».

On pourrait discuter longtemps sur la définition de ce terme ; il vaut mieux ici accepter le sens ordinairement admis : c'est la malignité, la méchanceté, le désir de causer un dommage illégitime. Ces mobiles sont d'ailleurs présumés chez l'accusé ; à lui de démontrer qu'il a agi sous une impulsion différente et non punissable ; la jurisprudence admet que la diffamation inspirée par le désir de rendre un service à la Société, de servir une cause légitime cesse d'être punissable.

De tout cela il faut conclure : l'action en diffamation permettra d'obtenir la réparation civile de toute divulgation du secret d'affaires d'un particulier, à condition :

1° Que le fait révélé soit de nature à nuire à la considération ;

2° Que le diffamateur ait eu l'intention de nuire.

Il n'importe au point de vue civil, qu'il y ait eu ou non publicité par la presse ou la parole, dès lors que la révélation a été dommageable.

Mais les directeurs de société par actions sont privés de cette ressource, puisque la révélation de secrets porte sur des faits vrais et que la diffamation contre eux n'est punissable que si elle est calomnieuse.

En fait la loi de 1884 permettra surtout au commerçant de se défendre contre quatre sortes de personnes.

1° La *presse* peut publier contre lui des imputations exactes, mais préjudiciables ; nous avons cité plus haut des exemples ; qu'il y ait chantage, rancune privée, intérêt politique, l'intention de nuire sera d'ordinaire indiscutable ; cependant en quelques cas le journal pourra soutenir que sa campagne n'avait d'autre but que la défense de l'intérêt public, qu'il a voulu mettre en garde ses lecteurs contre des manœuvres frauduleuses tendant à tromper sa confiance ; les tribunaux sont juges de la pureté de ces intentions et leur décision en fait échappe à la censure de la Cour de cassation.

2° Les *anciens employés* congédiés, pour se venger de l'ancien patron, raconteront volontiers ce qu'ils savent de ses affaires ; l'action en diffamation les atteindra dès que les faits divulgués sont de nature à nuire à la considération ; il leur sera également difficile de démontrer l'absence de l'intention de nuire.

3° Les *agences de renseignements* ; nous réservons cette question pour le moment où nous aurons à parler de cette institution.

4° Les *concurrents* ; dans la lutte commerciale chacun cherche naturellement à convaincre le public de la supériorité de sa propre maison et de ses produits ; parmi ses éloges qu'on se donne et les critiques plus ou moins directes formulées contre les concurrents, où commence ce qu'on est convenu d'appeler « la concurrence déloyale (1) » ? Nous ne parlons ici que des actes qui tendent à disqualifier les rivaux ou leurs produits, non bien entendu de ceux qui tendent à amener une confusion dans l'esprit public.

(1) V. Thaller (2^e édit.), n^{os} 95 et s.

Dans la concurrence surtout entre les *déballages*, les *entrepôts de saisies warrants*, les *liquidations pour fin de bail*, ou *cessation de commeree*, etc. et les maisons stables, normales, la réclame par les journaux, par affiches, par prospectus donne à la lutte un caractère particulièrement aigu. Il arrive souvent que d'un côté ou de l'autre, l'attaque devient vive et que l'un des concurrents cherche à démontrer que l'adversaire trompe le public ; il publie alors des renseignements, vrais d'ordinaire, sous la forme par exemple : « Nous mettons le public en garde contre... ». Aussitôt on intente contre lui l'action en concurrence déloyale ; mais les tribunaux n'hésitent pas à déclarer que sous ce nom se cache une véritable action civile en diffamation. Conséquence immédiate : ils refusent au diffamateur le droit de faire la preuve de ses allégations, comme au plaignant celui d'en démontrer la fausseté (Orléans, 14 novembre 1895 ; D. 96.2.140).

Ainsi, malgré la vérité possible des faits, malgré que peut-être il y ait presque légitime défense pour le commerce à démontrer que la soi-disant « liquidation définitive » est un acte de charlatanisme, il y aura intention de nuire et condamnation.

La raison en est que la vie commerciale est considérée par la loi comme faisant partie de la vie privée ; que le commerçant n'est pas un homme public, que le secret de ses actes n'appartient qu'à lui. C'est donc bien le secret d'affaires qui est à la base de l'action en diffamation.

Cette conception légale n'est pas acceptée par tout le monde ; elle a été vivement critiquée par M. Paul Sumien dans son étude sur *Les rapports de la concurrence déloyale et de la diffamation*, parue aux *Annales de droit commercial* de 1898, p. 33 et s. M. Thézard a déposé en

1897 devant le Sénat une proposition de loi modifiant cette situation. Il y aurait là une atteinte profonde au secret, une transformation véritable des idées générales de la matière : ce serait faire du commerçant, aujourd'hui homme privé, maître de ses affaires, retranché en quelque manière chez lui, une sorte d'homme public, exposé au jugement de l'opinion, responsable de ses actes. Evidemment ce n'est pas en quelques lignes qu'on peut discuter un pareil problème ; il mériterait une étude approfondie par sa portée philosophique et économique ; sous cette réserve nous avouons préférer de beaucoup le système actuel (1). Il est inadmissible qu'on puisse discuter publiquement la délicatesse et l'honorabilité d'un homme parce qu'il offre des produits au public ; or ses affaires c'est à la fois sa bourse et sa probité ; nous serions aussi choqués de les voir scruter sous prétexte d'utilité publique que si la même mesure était proposée pour les médecins ou avocats ; n'y aurait-il donc pas utilité à savoir si tel médecin guérit ses malades ou si tel avocat compromet ses procès ? le commerçant dans l'exercice de sa profession reste au moins aussi homme privé qu'eux dans l'exercice de la leur.

SECTION IV. — Article 1142 du Code civil.

Nous avons passé en revue les lois pénales qui peuvent être invoquées pour défendre le secret d'affaires ; en dehors de l'article 1382 et à défaut de lois répressives il y a encore quelque chose qui en certains cas peut servir de base à la défense de ce secret : c'est le lien contractuel.

(1) *Contrà* : Thaller, *op. cit.*, approuve la proposition Thézard.

Si le commerçant peut exciper d'une convention de secret, il aura à sa disposition l'article 1142 du Code civil aux termes duquel « toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages-intérêts en cas d'inexécution de la part du débiteur. »

Dès que le plaignant aura prouvé l'existence d'une obligation de ne pas révéler et la violation de cette obligation; il n'aura plus qu'à établir le préjudice, sans se préoccuper de l'article 1382 : faute contractuelle et non faute délictuelle.

Cette convention expresse peut exister plus ou moins fréquemment (1) ; elle est réglée par les principes généraux et ne demande aucune explication ; elle peut-être générale c'est-à-dire porter sur un ensemble de renseignements qui devront être cachés, ou particulière à un point spécial comme la défense de révéler le nom d'un commettant, d'un producteur, d'un bailleur de fonds, plus souvent encore d'un emprunteur. Mais ce qui nous intéresse ici c'est de rechercher si cette convention n'accompagne pas tacitement certains contrats, si elle ne doit pas être sous-entendue en cas de silence. Cette hypothèse peut trouver place dans les contrats qui, par leur exécution, donneront lieu à une révélation totale ou partielle des affaires d'un négociant au cocontractant ; on doit se demander alors si à côté de cette révélation on ne doit pas sous-entendre une réserve de secret vis-à-vis du public. En dehors des confidences volontaires et de celles couvertes par le secret professionnel il reste trois situations à envisager :

1° Celle d'un cocontractant, qui est au courant naturel-

(1) En ce qui concerne la mention « confidentiel » des fiches de renseignements, V. plus loin.

lement de l'affaire ou des affaires qui sont l'objet du contrat.

2^o Celle du bénéficiaire d'une communication des livres qui est par suite instruit de la généralité des affaires.

3^o Celle des employés qui, par leurs fonctions, sont initiés à tout ou partie des affaires.

A. — *Cocontractant ordinaire.*

Le négociant contracte constamment des affaires avec des personnalités diverses ; il est en rapport commerciaux ou juridiques avec une infinité de clients, de fournisseurs, de banquiers, d'intermédiaires, de correspondants ; il partage avec chacun d'eux la connaissance de chaque affaire et son secret d'affaires est, en somme, la réunion de ces copropriétés ; si tous ceux avec qui il a contracté se mettaient d'accord pour dire ce qu'ils savent de lui et de son commerce, il ne resterait plus grand chose de caché. Eh bien ! ces « contre-parties » (pour employer un terme commode) ont-elles le droit, nous ne dirons pas de conclure cet accord chimérique, mais du moins de disposer chacune de ce qu'elle sait ? Comment s'organise cette co-propriété de la connaissance d'une affaire : par exemple A a vendu à B ; l'un ou l'autre peut-il le dire à tout venant au risque de causer un préjudice à la contre-partie ?

En principe on ne saurait hésiter à répondre par l'affirmative ; celui qui conclut un accord est maître de dire ou de cacher son marché : cela fait partie de ses affaires, cela est à lui. Son propre intérêt l'écartera des bavardages, car s'il parle sans utilité il fait connaître ses actes en même temps que ceux des autres ; mais s'il y a intérêt

il est impossible de le blâmer : il n'a fait que se servir de son droit (1).

Autre serait la situation s'il y avait eu accord entre ces parties pour tenir le marché ou ses clauses secrets ; cet accord peut être sous-entendu, soit qu'il résulte de la nature du contrat, soit des usages, soit de conditions spéciales qui feront supposer une telle volonté chez les contractants. Par exemple une banque qui donne à une autre des renseignements sur la solvabilité d'un commerçant est présumée le faire à titre confidentiel ; le secret est tacitement promis (Nancy, 3 juillet 1878, S. 78.2.249) ; il y a ici des points de contact avec la théorie des lettres missives confidentielles.

Donc en règle celui qui traite avec un négociant n'est pas tenu au secret ; exceptionnellement il peut s'y être tacitement engagé. Ceci peut être important au point de vue des agences de renseignements.

B. — *Celui qui a reçu communication des livres.*

Distinguons deux situations ; la communication peut être due comme conséquence d'un droit sur le fonds de commerce ou comme droit plus spécial.

1^{er} Cas. — Le droit qui porte sur le fonds comprend en même temps les livres et leur contenu, accessoires de la chose principale. Le secret d'affaires lui appartient donc et il a le droit d'en disposer ; ceci est évident pour l'héritier, le communiste ; il y a quelque hésitation pour l'associé qui a accepté un contrat ; on pourrait se demander s'il n'a pas pris l'engagement d'éviter tout ce qui

(1) Sauf d'ailleurs le cas où il y aurait diffamation. La loi de 1881 permettrait parfaitement d'atteindre celui qui, avec intention de nuire, porterait par ce moyen atteinte à la considération de sa « contre-partie ».

peut nuire à la société et si l'article 1850 du Code civil ne permettrait pas de lui réclamer la réparation d'une divulgation fautive.

2^e CAS. — Le droit à communication résulte d'une concession expresse ou tacite. Celui à qui le commerçant a remis ses livres, qui connaît ainsi l'intégralité de ses affaires ne doit-il pas être présumé (sauf preuve contraire) avoir pris l'engagement de ne pas abuser de cette communication ? Peut-on dire qu'il aurait le droit, ayant pris copie ou fait photographier les livres, de répandre ces copies ou ces reproductions photographiques ? Il nous semble qu'il faut poser en règle que le secret a été promis, sauf en pratique à se montrer plus ou moins large sur l'appréciation des infractions à cette clause. Le banquier qui a consenti un prêt après examen des livres, le vendeur des fonds qui perçoit un tantième des bénéfices annuels violeraient donc une obligation contractuelle en publiant tout ou partie de ce qu'ils ont appris par l'examen des livres ; la divulgation n'a été consentie que dans la limite de l'intérêt actuel qu'ils y avaient et pour leur permettre une vérification, un contrôle, non pour autoriser une publication.

C. — *Employés ou salariés.*

Un commerçant a en général à son service un nombre plus ou moins grand de commis, employés, représentants, directeurs, vendeurs, acheteurs, caissiers, contre-maîtres, fondés de pouvoirs, etc. Quel que soit leur nom ces employés (au sens le plus large du mot) lui donnent en échange d'un traitement fixe ou variable (commis intéressé) leur industrie et leur travail ; ils font ses affaires ; par suite de leurs fonctions ils connaissent presque tout

ce qui se passe chez lui, chacun dans sa sphère, mais il est peu, pour ne pas dire pas, de renseignements que l'un au moins d'entre eux ne connaisse. Ont-ils le droit, *en l'absence d'une clause de secret dans le contrat de louage d'ouvrage*, de révéler à leur guise ce qu'ils ont ainsi connu, soit pendant qu'ils sont occupés, soit après leur renvoi ? Les tribunaux, on le verra, sont très disposés à considérer une telle indiscretion comme une faute et à leur appliquer l'article 1382. Nous croyons qu'il faut aller plus loin et y voir une violation de l'obligation contractuelle.

Est-il admissible en effet que le commerçant qui veille si jalousement sur son secret d'affaires, qui résiste si vivement devant la justice à la production de ces livres qu'il tient pour servir de preuves (c'est-à-dire pour les montrer en cas de contestation), qui sait que parfois une indiscretion peut le ruiner, est-il admissible qu'il livre ainsi volontairement ce secret, qu'il fasse tenir ses livres par des salariés, des subalternes à qui il a pu imposer à peu près ses conditions, sans un accord tacite et parfaitement équitable qui oblige l'employé au silence le plus complet ? Comment ! Il livrerait à ses comptables la totalité de ses affaires, à ses ingénieurs et ses contre-maîtres ses secrets de fabrique, à ses vendeurs la liste de ses clients et les carnets de ses prix, à ses commis acheteurs le nom et les conditions de ses fournisseurs ? et ces subalternes n'auraient pas le devoir, l'obligation juridique de garder pour eux cette confiance nécessaire qu'ils ont reçue pour l'exécution de leur contrat de travail ? Cette solution s'impose véritablement et il faut l'admettre avec toute sa portée, c'est-à-dire décider que l'obligation n'est pas limitée au temps de l'emploi mais dure après le renvoi ou le départ du commis.

On a vu plus haut qu'en un cas la violation de cet engagement recevait une sanction pénale (art.418) (1) ; mais il faut pour cela : 1^o qu'il s'agisse d'un secret de fabrique ; 2^o que la révélation ait eu lieu ou au moins ait été achetée pendant la durée de l'emploi. La sanction civile de l'article 1142 s'appliquera à la révélation de tout secret d'affaires, c'est-à-dire de tout fait que le négociant avait droit et intérêt à garder pour lui et quand même cette révélation d'un fait connu pendant les fonctions se serait produite plus tard.

Voici de suite des espèces qui montreront l'équité de cette solution et sa portée pratique ; nous n'hésitons pas à analyser et à reproduire dans leurs parties principales ces décisions malgré leurs longueurs.

1^{re} ESPÈCE (D. 1874.I.310, 1873.2.44).

Chancel contre B.... Des considérants d'un arrêt de Grenoble (27 mai 1873) il résulte que B... entré à 19 ans comme ouvrier dans la maison Chancel frères (gros industriels) y a fait toute son éducation industrielle, que sa position s'est accrue au point que, lors de son départ, la maison lui offrait des appointements annuels de 60.000 francs ; il avait alors 30 ans ; ce chiffre lui ayant

(1) L'article 418 à lui seul n'est-il pas un argument sérieux en faveur de notre thèse ? A. Rendu (*op. cit.*, n^o 527) dit à ce sujet : « Nous pensons que l'emploi par un ancien ouvrier soit pour son compte, soit pour celui d'autrui d'un procédé qu'il n'aurait connu que sous le sceau du secret, s'il ne tombe pas sous l'application de la loi pénale, constitue un fait de concurrence déloyale qui donnerait lieu en tous cas à une action civile en dommages-intérêts.

« La révélation faite à l'ouvrier dans un but déterminé d'un secret qu'il n'aurait pas pénétré autrement constitue, ce nous semble, un véritable quasi-contrat dont la violation doit donner lieu à des dommages-intérêts proportionnés au préjudice causé. »

paru insuffisant il quitta la maison, lui déclara la guerre et, d'une façon systématique, vendit alors les procédés spéciaux, les plans des machines, tous les secrets qu'il connaissait à une série de maisons étrangères (allemandes et américaines) qui les lui payèrent environ cent mille francs ; l'arrêt continue :

« ... Considérant que B..., initié pendant 12 ans, comme employé d'abord, plus tard comme sous-directeur à ces procédés de fabrication par la confiance sans limites des frères Chancel, était lié à leur égard par un quasi-contrat d'où découlait l'obligation de ne pas trahir cette confiance en divulguant frauduleusement ces procédés auxquels ils devaient leur prospérité ;

Que B... a commis un abus de confiance qui présente tous les caractères d'un quasi-délit en livrant pour de l'argent les procédés dont il avait le secret, les plans qu'il avait détournés et que la fraude est ici d'autant plus condamnable qu'elle se produit non par de simples faits de concurrence déloyale, tels que peut les pratiquer une maison rivale, toujours soumise à des chances aléatoires, mais sous la forme audacieuse et sans risques de la chose d'autrui ;

« Que c'est donc à bon droit que les frères Chancel lésés dans leurs intérêts se sont placés sous la protection de l'article 1382 et qu'une juste réparation doit leur être accordée contre l'agent infidèle qui, cédant à un véritable vertige d'ingratitude et de cupidité, a méconnu les légittimes sévérités de la loi civile.

« Sur les dommages-intérêts : Attendu que le produit des ventes illégitimes réalisées par B... doit être restitué aux frères Chancel puisqu'il était le prix d'une chose qui leur appartenait... »

Un pourvoi formé contre cet arrêt a été rejeté par la Chambre des requêtes dans les termes suivants :

« La Cour,

« Sur le premier moyen : Attendu que l'arrêt attaqué en condamnant B... à des dommages-intérêts, après avoir constaté qu'il a commis un abus de confiance qui présente les caractères d'un quasi-délit en livrant pour de l'argent les procédés dont il avait le secret, a fait une juste application de l'article 1382, loin de l'avoir violé. — Sur le second moyen : Attendu que l'arrêt en décidant sur les dommages-intérêts réclamés par les frères Chancel que le produit des ventes illégitimes réalisées par B... doit être restitué aux frères Chancel, n'a point violé l'article 1382, mais a usé de son pouvoir souverain pour apprécier le dommage » (23 juillet 1873).

On remarquera le vague et la confusion des termes ; l'acte de B... (qui eût été puni par l'article 418 s'il s'était produit pendant l'emploi) est successivement la violation d'un quasi-contrat, un quasi-délit, un abus de confiance (l'art. 408, C. pén. n'est pourtant pas en cause), enfin un délit civil, une vente de la chose d'autrui. Ne valait-il pas mieux admettre, comme l'arrêt semble vouloir le faire, un moment que « du contrat découlait l'obligation de ne pas trahir cette confiance... » ; on ne peut objecter que le contrat était résilié, qu'il ne pouvait plus avoir d'effet entre les parties devenues étrangères l'une à l'autre ; en effet tout le monde admet la validité d'une clause du contrat de louage d'ouvrage qui interdit à l'employé de se rétablir après son départ de la maison dans la même ville et la même industrie ou d'entrer dans une maison concurrente (avec limitations de temps ou de lieux). Pourquoi une clause tacite n'aurait-elle pas une portée analogue ?

2^e ESPÈCE (D. *Suppl.*, v^o *Industrie*, p. 451); Arrêt de Lyon, 27 novembre 1875.

La maison D... de Lyon attaquait en concurrence déloyale ses anciens employés S... et R... depuis établis à leur compte. Elle avait gagné son procès devant le tribunal de commerce (11 janvier 1875). Le tribunal disait : «... Attendu que si l'employé qui quitte une maison est incontestablement dans son droit en s'établissant à son compte au risque de faire concurrence à son ancien patron il ne doit cependant exercer cette concurrence que dans des limites loyales et convenables... Qu'il ressort des débats et des documents que ces limites ont été dépassées, que R... et S... ont profité de leur connaissance des affaires de D... pour détourner sa clientèle... » Ces appréciations étaient appuyées sur trois faits : 1^o saisie dans le pupitre de R..., alors employé de D... d'un carnet portant les noms des clients et la liste des prix faits à chacun ; 2^o offres de service faites à ces clients en visant les prix de D... et en comparant les conditions ; 3^o usage abusif d'un échantillon. Le tribunal accordait donc les dommages-intérêts pour concurrence déloyale. La Cour rendit l'arrêt suivant :

« La Cour : Adoptant les motifs des premiers juges et considérant en outre : qu'il résulte des pièces et des documents produits pour la première fois en appel que R..., alors qu'il était encore employé de la maison D..., mais qu'il se concertait déjà avec S... qui en était sorti pour fonder une maison rivale, a mis à profit la connaissance de la correspondance de commerce de ses patrons, connaissance qu'il tenait de son emploi chez eux, pour aviser S... de commandes qui leur étaient adressées et le mettre

ainsi à même de détourner leur clientèle. Qu'ainsi la maison Galty d'Espagne ayant adressé à la date du 4 novembre 1873 à D... une lettre contenant une commande qui était reçue et ouverte dans leurs bureaux le 10 du même mois, ce jour-là même S..., évidemment averti par R..., écrivait à cette maison Galty une lettre par laquelle il lui offrait ses services et lui proposait numéro par numéro les articles qu'elle avait commandés en insistant qu'elle retirât ses ordres... Confirme. »

Est-il contestable que l'employé communiquant de suite au concurrent la lettre reçue par la maison a violé son contrat ? Il n'est donc pas besoin de recourir à l'article 1382.

3^e ESPÈCE (Trib. commerce Lyon, 28 juin 1898,
Loi, 28 juillet).

Il s'agit cette fois d'un employé P... congédié par son patron D... ; P... avait pris copie des factures, des cartes de prix, de certaines pièces de comptabilité ; après son départ il écrivit à son ancien patron une lettre où il lui annonçait qu'il allait « renseigner les clients sur la manière dont on les traitait chez D... » ; et en effet il distribua et répandit les copies qu'il avait faites sur du papier à en-tête de D... Le jugement analyse ces faits et continue :

« Attendu que ces faits constituent de la part de P... une faute grave ; qu'en vain il allègue pour sa défense qu'en présence de prétendues irrégularités commises par D... et Cie dans leur commerce, il a cru pouvoir se réserver les preuves matérielles nécessaires pour mettre sa responsabilité à couvert. Que tout d'abord ces prétendues irrégularités ne sont pas suffisamment établies ; qu'on ne saurait en effet qualifier de cette appellation l'application

de prix différents pour la même marchandise à divers clients de même importance et de même crédit. Que, bien plus, ces irrégularités fussent-elles établies il ne s'en suivait pas que cela puisse légitimer l'emploi de manœuvres dolosives qui n'apparaissent au fond que l'accomplissement de l'œuvre de vengeance annoncée par P... dans la lettre précitée ;

« Que la gravité de cette faute ressort encore et surtout de ce fait qu'en abusant de ces renseignements et documents pour nuire à D... et Cie auprès de leur clientèle P... a violé *une clause tacite mais certaine du contrat de louage d'ouvrage qui le liait à ses patrons et méconnu une obligation de secret mise à sa charge par l'équité et l'usage* ;

« Qu'on ne saurait en effet trop blâmer la conduite de l'employé qui établit secrètement et conserve abusivement le duplicata de certaines pièces de comptabilité de sa maison, pour les révéler dans le but de porter préjudice à son patron en cas de renvoi... Condamne P... à restituer dans les 3 jours tous les duplicatas de facture et autres pièces, etc... et à 500 francs de dommages-intérêts. »

Le tribunal de Lyon arrive donc à admettre la clause tacite de secret ; c'est une première décision qui, nous l'espérons, sera hardiment suivie.

4^e ESPÈCE (Trib. com. Nantes, 2 avril 1898, *Rec. Nantes*, 1898.I.398).

Ici il y a clause formelle, mais sur le point important la décision est justifiée par les principes généraux et reste intéressante pour nous. Les extraits du jugement feront suffisamment connaître les faits : l'ingénieur congédié réclamait des dommages-intérêts ; la société défende-

resse demandait la restitution des notes qu'il avait prises :

« ... Attendu que Dorange savait en entrant en qualité de chimiste au service des savonneries Serpette que la fabrication des savons dits « à la Couronne de Saint-Hubert » constituait un secret de fabrication ; qu'il avait été formellement entendu entre les parties que Dorange, au cas où il quitterait la Société, ne pourrait ni directement, ni indirectement révéler à quiconque les procédés relatifs à la composition et à la fabrication des savons de ce type ou s'intéresser directement ou indirectement dans une industrie touchant les savons en France ou à l'étranger : que cette clause du contrat verbal a été librement acceptée par Dorange et qu'il ne saurait actuellement s'y soustraire ;

« Sur la demande reconventionnelle de la Société :

« Attendu qu'il ressort des documents de la cause et des débats et notamment du procès-verbal de constat du 19 janvier 1898 que Dorange aurait conservé par devers lui certains papiers concernant des doubles et quelques notes de fabrication, mais que la Société des savons Serpette soutient en outre qu'il s'est approprié un carnet d'analyses et de formules chimiques relatant les divers essais auxquels Dorange se serait livré pour réussir les différentes cuites de savons.

« Attendu que c'est sans aucun droit qu'un employé après sa sortie d'une maison conserve par devers lui des documents ou actes de fabrication qui pourraient lui permettre de faire concurrence à cette maison par une maison rivale au service de laquelle il entrerait ultérieurement ; qu'en l'espèce Dorange avait procédé à des analyses et expériences chimiques, dosages, etc..., titrages de substance..., comparaisons, etc...; que même les notes

détachées sont la propriété de la Société ; que Dorange voudrait les conserver sans droit ; qu'à plus forte raison il en serait ainsi d'un carnet régulier contenant le détail de ces diverses opérations...

Par ces motifs... dit que Dorange ne peut révéler à quiconque, ni s'intéresser dans aucune industrie de... ; que c'est sans droit qu'il retient les documents ; le condamne à en faire remise dans les 8 jours. »

La jurisprudence incline donc vers l'idée de l'obligation au secret ; les documents et renseignements sont la propriété matérielle (livres, notes, pièces de comptabilité) du patron ; ils lui appartiennent aussi au point de vue de leur contenu immatériel ; l'article 418 n'est applicable qu'exceptionnellement, l'article 378 ne l'est jamais à l'employé (jugement précité de Marseille 1893). Cependant il existe pour les commis et salariés un secret professionnel, issu du contrat, non sanctionné en général par la loi pénale, mais dont la violation donnera lieu à une réparation civile. Ce secret s'étend à tout ce qu'ils apprennent sur les affaires du patron par suite de leurs fonctions. Y manqueraient donc, par exemple : celui qui fournirait une liste des clients, qui relèverait les noms des porteurs d'effets de commerce tirés contre une maison et les indiquerait à un concurrent, celui qui informerait les clients de prix plus avantageux faits à quelques-uns d'entre eux, etc.

Remarquons pour conclure que le commis intéressé qui a droit à la communication des livres serait doublement obligé au silence.

CHAPITRE III

DROIT COMMUN.

Nous revenons maintenant au droit commun ; remarquons d'abord que les dispositions en quelque sorte exceptionnelles que nous venons de voir (C. pén. 418, 378 ; Loi de 1881 ; 1142, C. civ.) sont bien une protection contre les tiers ; car le commerçant y puise le droit d'empêcher ou de faire réparer le dommage causé par la révélation aux concurrents et au public ; s'il y a eu complicité légale, l'action pénale et, par suite, l'action civile, frapperont aussi bien les bénéficiaires de la révélation que les révélateurs eux-mêmes.

Là même où la poursuite pénale ne serait pas possible contre les tiers, l'article 1382 permettrait évidemment de les atteindre chaque fois qu'ils auraient indirectement participé aux délits des articles 418 et 378 ou à la diffamation : pousser, aider à un acte délictueux, en profiter sciemment, alors même que la preuve de la complicité légale du Code pénal ne serait pas faite, c'est une faute certaine, c'est un délit ou un quasi-délit civil.

En serait-il de même si la résiliation ne tombait pas sous le coup de la loi répressive, si elle était simplement contraire au secret professionnel contractuel, sanctionné par l'article 1142 du Code civil ? Le concurrent qui achète un secret de fabrique, une liste de clients ou de prix au commis infidèle (congedié s'il s'agit de secret de fabri-

que, encore employé peut-être s'il s'agit d'un secret ordinaire) commet-il une faute, un acte de concurrence déloyale ? La raison et la jurisprudence répondent naturellement : oui.

Eh bien ! si nous nous replaçons maintenant en face de la question de principe que nous avons réservée et qui domine notre matière : les tiers ont-ils le droit de se renseigner ? nous disons que la réponse précédente préjuge la solution.

En effet, un droit une fois reconnu n'est limité que par la loi ou le droit d'autrui ; celui qui en use dans cette limite ne peut être atteint par l'article 1382 : « *Neminem lædit qui suo jure utitur* » (1). Le commerçant qui achète au commis d'une maison rivale les renseignements qu'il en peut obtenir (voir pour leur importance les espèces citées) n'est plus en faute si, ce faisant, il use du droit de se renseigner : dira-t-on que le rival lésé avait droit au silence de l'employé ? Mais c'est en vertu d'un contrat, *inopposable aux tiers* ; qu'il connaisse ou non cette clause (l'usage ne peut donner à cette obligation plus de force que son insertion expresse dans le louage de service), le tiers ne commet aucune faute en la faisant violer. En le frappant pour concurrence déloyale (art. 1382), on reconnaît donc implicitement qu'il n'avait pas *le droit* de chercher à se renseigner.

Nous acceptons cette conséquence.

(1) Nous écartons la théorie de « l'abus du droit », procédé ingénieux qui ruine tout principe juridique par l'intervention d'une soi-disante équité ; il vaut mieux ne reconnaître l'existence d'un droit que si elle est certaine, mais lui donner alors toute sa portée logique ; sinon, on enlève tout caractère scientifique aux règles qui doivent régir les rapports des hommes et on subordonne toutes les décisions à des considérations d'espèce. *Adde note*, p. 228.

A la question : les tiers ont-ils le droit de chercher à connaître ce qui les intéresse dans les affaires d'autrui ? il faut répondre catégoriquement : non.

En effet ce droit où le puiseraient-ils ? Quelle loi le leur a directement ou indirectement accordé (1) ? Tout, au contraire, dans nos législations, tend à protéger les affaires privées contre le regard des indiscrets : articles 418, 378 du Code pénal ; *défense de faire la preuve en matière de diffamation* ; retrait successoral ; protection des livres de commerce ; système d'impôts basé sur les signes extérieurs, toutes les institutions auxquelles nous avons fait allusion tendent à retrancher l'initiative privée et l'abriter contre les investigations des étrangers parfois intéressés ; la collectivité elle-même ne se reconnaît qu'exceptionnellement le droit de pénétrer les affaires des particuliers.

Cela veut-il dire que toute recherche, toute investigation soit défendue ? Evidemment non ; se renseigner sur la solvabilité d'un débiteur, sur la solidité d'une maison avec qui on va traiter, sur l'origine et la qualité d'un produit offert au public, cela rentre dans les actes licites, englobés par la liberté générale de chacun, dans l'initiative privée limitée seulement par la liberté et l'initiative d'autrui ; en un mot cela est en soi indifférent : ni permis ni défendu, tant qu'on ne heurte pas une prohibition légale ou l'article 1382. Si l'on nous permet des comparaisons triviales, nécessaires pour préciser, on pourrait dire qu'il en est ici comme du « droit » de passer dans la rue ou de s'habiller comme il nous plaît ; ce ne sont pas là des

(1) M. Paul Sumien dans un article dont il sera plus loin question fait dériver ce droit de la liberté du commerce et de l'industrie (1791). Nous avons ne pas voir la portée de l'argument.

droits véritables ; car renversons-nous quelqu'un ou causons-nous du scandale par notre déguisement, ou brisons-nous un objet placé en étalage sur le trottoir, nous pourrions être accusés de « faute » quoique n'ayant violé aucune défense de la loi ; ce sont des actes libres sauf à nous de répondre de leurs conséquences.

Si nous appliquons cette idée, il pourra y avoir « faute aquilienne » quand, en dehors d'un droit spécial, on aura cherché à connaître le « secret d'affaires », mais il n'y aura évidemment pas lieu par ce fait seul et sans autre examen à l'application de l'article 1382 ; deux conditions sont nécessaires : 1^o la faute, 2^o le préjudice.

1^o *Faute*. — Nous avons dit qu'entre le commerçant et les tiers la situation est la suivante : d'une part, un droit, incontestable, conséquence du droit de propriété ; de l'autre, point de droit, mais des intérêts conseillant l'action. Le fait seul de porter atteinte à ce droit de propriété est donc (hors la force majeure qui n'apparaît point ici) une faute. Mais du moins faut-il que cette atteinte à un droit existe réellement. Il ne pourra en être ainsi que s'il s'agit vraiment d'une propriété bien établie et à laquelle on n'a point renoncé.

De même que le patron, ayant montré son usine à des visiteurs, ne saurait se plaindre que cette installation soit désormais connue, de même le négociant qui a tacitement renoncé au secret de tout ou partie de ses affaires ne saurait revendiquer l'exclusive connaissance de ce que cet abandon a révélé. Et d'autre part il est dans le commerce des situations, des actes publics par eux-mêmes (procès, faillite, organisation extérieure de la maison, etc.) ; tout cela doit être écarté du secret d'affaires.

La faute consiste en *l'intrusion dans les affaires d'au-*

trui ; elle ne peut donc porter que sur les affaires qui ne sont point ouvertes au public par la force des choses ou par le fait du commerçant. Une fois cette idée admise, elle sera pratiquement féconde en conséquences ; c'est aux tribunaux à les dégager en fait ; mais il est une question très importante qu'il faut noter :

La plus grande partie des affaires d'un commerçant se trouvent, au point de vue du secret, dans une situation mixte : celles qu'il a traitées avec des fournisseurs, des clients, etc... ; nous avons dit que ces contrats (en dehors d'une clause rare de secret) appartenaient aux deux parties, chacune maîtresse de se taire ou d'en parler ; on ne peut dire que le secret a été abandonné en ce qui les concerne ; leur connaissance est aux mains de deux ou plusieurs personnes ; obtenir de l'une qu'elle use de son droit n'est donc pas une atteinte au droit de l'autre ; ce n'est pas une faute ; des investigations tendant à obtenir le même renseignement peuvent donc constituer une faute ou non, suivant le moyen employé.

Et en effet le moyen de recherches sera en fait ce qui frappera le plus l'attention du juge ; car il n'est presque rien dans le commerce qui puisse être rigoureusement secret ; chaque fait est presque nécessairement connu, mais d'un nombre limité de personnes ; les unes seront libres de parler, mais celles-là ne sauront que quelques détails et auront intérêt personnel à les taire ; celles au contraire qui connaissent presque l'ensemble ou au moins beaucoup de faits, celles-là ont peu d'intérêt personnel mais elles sont par la loi ou un contrat obligées au silence ; pour pénétrer le secret d'affaires, c'est à elles qu'on s'adressera le plus efficacement ; l'article 1382 trouvera là son champ d'application normal. Si l'on

s'adressait à tous les fournisseurs d'un négociant pour savoir combien il paye ses produits, à quelle échéance, et s'il règle régulièrement, peu répondraient et on saurait peu de choses intéressantes ; le comptable en dirait plus en quelques mots. Mais les fournisseurs avaient le droit de renseigner leurs correspondants, le comptable ne l'a point ; on n'avait pas commis de faute en s'adressant aux premiers, on en a commis une grave en s'adressant à l'employé.

Ce n'est donc pas sans intention que nous laissons un peu dans le vague cette expression « secret commercial » ; au point de vue de l'article 1382 il y a là trois considérations de fait complexes et nuancées : 1° Caractère de publicité du fait en lui-même ; 2° Renonciation à le tenir caché ; 3° Copropriété des éléments du secret d'ensemble. Il faut dès lors renoncer à une définition théorique qui porterait à faux. Mais on peut dire que dès qu'on aura reconnu une atteinte à ce secret il y a faute.

2° *Préjudice*. — Quelque grave que soit la faute elle ne peut avoir de sanction que si elle a causé un préjudice ; il sera rare de voir défaillir cette seconde condition ; ce n'est pas le lieu de répéter ici l'importance du secret pour un commerçant. Suivant que l'auteur de la faute sera un concurrent ou un tiers ordinaire, qu'il aura entendu en faire bénéficier tel ou telle personne, que le fait révélé sera plus ou moins grave, les tribunaux apprécieront. On a vu dans l'arrêt de Grenoble cité plus haut à quelle somme importante la condamnation peut parfois s'élever et encore peut-on estimer que l'arrêt en question l'a prononcée bien au-dessous du dommage probable dans l'espèce qu'il a appréciée.

En pratique l'action de l'article 1382 sera mise en mou-

vement contre deux sortes de personnes (1) : 1° Les concurrents sous la forme de la « concurrence déloyale » ; 2° Les agences de renseignements. C'est de cette dernière institution que nous allons nous occuper.

Les agences de renseignements. — Comme le nom l'indique ce sont des entreprises qui se chargent de faire des enquêtes, des recherches pour indiquer à leurs clients ce qu'ils ont intérêt à connaître : de la vie ou des affaires d'autrui « renseignements pour mariage ; surveillance pour divorce ; missions intimes ; renseignements commerciaux et financiers... » Voilà ce que portent d'ordinaire leurs prospectus. Nous n'avons à parler que de leurs recherches commerciales ou « financières ». Leurs bons offices se payent par cachets, par abonnements ; le plus souvent on achète un carnet de fiches dont on se sert en les envoyant à l'agence pour être remplies au fur et à mesure des besoins. Les agences ont la précaution d'y insérer deux clauses : l'une recommande le plus grand secret sur les indications fournies (confidentiel) ; l'autre dégage la responsabilité en cas d'erreur même grave.

Ces agences ont pour but par conséquent de pénétrer et de divulguer (au moins à leurs abonnés) le secret d'affaires ; quelle est donc à ce point de vue leur situation juridique ?

Elles ont beaucoup occupé la jurisprudence ces dernières années et les jugements ou arrêts les concernant ne se comptent plus ; ils sont d'ailleurs fort sévères pour elles ; mais cette jurisprudence est presque totalement étrangère à notre étude. Elle résulte en effet d'actions en

(1) Nous avons dit que contre les employés indiscrets c'est l'action contractuelle qui sera intentée.

responsabilité dirigées : 1° par les clients ; 2° par les tiers sur qui on a renseigné.

L'action des clients qui se plaignent d'avoir été mal renseignés ne nous intéresse pas ; car leur grief consiste en ceci que le secret a été trop bien respecté ; on n'y a pas touché ou trop légèrement ; la révélation a porté sur des faits imaginaires ou au moins inexacts.

L'action des tiers lésés dérive presque toujours de la même idée ; ils se plaignent qu'on leur ait causé un préjudice non pas en divulguant leurs affaires mais en substituant à la vérité qu'on n'a pu ou voulu connaître des renseignements mensongers et défavorables.

De cette responsabilité pour renseignements inexacts nous n'avons rien à dire : seul nous intéresse le renseignement *exact* qui, lui, peut porter atteinte au secret d'affaires. Nous allons donc examiner la responsabilité de l'agence qui a fourni un renseignement favorable ou non, mais dont l'inexactitude n'est pas démontrée (1).

Suivant le moyen employé pour son enquête l'agence peut être complice des délits de l'article 418 ou 378 ; rien à remarquer de ce chef ; nous devons examiner sa responsabilité au point de vue de l'article 1382 et de la loi de 1881.

SECTION I. — Article 1382.

M. P. Sumien dans son *Essai sur la responsabilité des*

(1) Nous nous sommes servi pour l'étude des agences des travaux suivants : P. Sumien, *Ann. dr. commercial*, 1899, p. 40, 140, 208 ; note de G. May sous Nancy, 3 juillet 1878, S. 78.2.249, note de M. Chavegrin sous cassation, S. 87.1.441. Rapport de M. le conseiller Féraud-Giraud, Cass., 5 décembre 1881, S. 83.1.457. On trouvera aux *Pandectes françaises, Répertoire*, t. IV, v° *Agence de rens.*, de nombreux renvois de jurisprudence.

agences de renseignements commerciaux (V. *Ann. dr. com.*, 1899) soutient que l'industrie de ces agences est trop sévèrement traitée en justice : « C'est un droit et même un devoir pour le commerçant de se renseigner sur la solvabilité de ceux avec qui il a intérêt à traiter ; ce pouvoir il en délègue l'exécution. Comment ce droit deviendrait-il alors un fait illicite ? » et il appuie son opinion sur la liberté du commerce (Loi 2 mars 1791).

Le raisonnement tendrait à ceci : c'est que les agences en faisant des enquêtes et en communiquant les résultats, ne font qu'user d'un droit ; dès lors l'article 1382 n'est plus applicable que lorsqu'elles auront dépassé ce droit ; les conséquences seraient graves en ce qui concerne les renseignements défavorables et inexacts : quand le négociant qu'on a représenté comme insolvable viendrait se plaindre, on lui dirait : nous avons fait une enquête de bonne foi ; elle a été mal faite et nous nous sommes trompés, nous avons ruiné votre crédit, mais nous avons usé de notre droit ; tant pis pour vous ! (1).

La jurisprudence repousse énergiquement cette théorie dans ses conséquences ; sur le principe nous avons soutenu que le « droit à se renseigner » n'existe pas ; on ne peut donc le déléguer. L'industrie de l'agence n'est qu'une manifestation d'activité qui sera tantôt libre tantôt arrêtée par le droit des tiers.

(1) Quand il s'agit d'une « mission intime », l'agence qui a organisé une « filature » peut sans doute être actionnée par la victime en cas de rapports calomnieux.

Mais nous croyons que l'agence devrait être condamnée, même hors ce cas, pour l'espionnage préjudiciable lui-même. La liberté de la voie publique ne pourrait pas plus être invoquée ici par elle que la liberté du commerce en matière de renseignements commerciaux. Le procès serait neuf et intéressant.

On a montré avec plus d'exactitude qu'à côté des fraudes, des chantages, des erreurs des agences il y aurait pour le commerce un réel besoin de renseignements ; que les affaires se traitent aujourd'hui entre inconnus, à grande distance, par le télégraphe ou la poste et qu'il serait indispensable d'obtenir des garanties nouvelles que l'ancien commerce par commissionnaires entre maisons connues ne connaissait pas. Il est permis de douter que les agences satisfassent jamais à ce besoin parfaitement constaté ; les banques, les endossements, les institutions de crédit seraient peut-être de meilleurs instruments.

On ne doit pas d'ailleurs se dissimuler qu'en soumettant les agences à l'article 1382 comme s'immisçant dans les affaires d'autrui, on donne au secret d'affaires une satisfaction presque théorique et sans grande portée.

En effet, ce que l'on demande aux agences ce sont des renseignements sur la solvabilité : « Puis-je traiter à crédit avec un tel ? Quelle est sa réputation » ? La réponse sera : soit une appréciation générale : « Vous ferez bien d'être prudent », soit une constatation générale : « La réputation est très mauvaise », soit l'allégation de certains faits : « Il vend à perte » ou « il a emprunté telle somme pour parer à sa dernière échéance ».

Or ces appréciations, en général, portent sur cette part des affaires qui n'est point couverte par le secret : la réputation, la rumeur publique ; il en sera de même des faits précis si on les connaît d'une manière licite, c'est-à-dire par les personnes qui avaient droit de les révéler : un commerçant n'a pu payer des effets ; ils ont été protestés ; le porteur a le droit de le dire ; l'agence qui recueille ce renseignement n'est pas en faute. L'idée que nous

avons indiquée plus haut : de la copropriété des faits commerciaux, prend ici une grande importance.

En somme, l'article 1382 ne frappera l'agence que si elle a employé des moyens illicites pour se renseigner (toujours en cas d'exactitude bien entendu) ou révélé des faits vraiment secrets. Cette considération dégage la responsabilité des banques qui ont l'habitude de donner à leurs clients et de se donner entre elles des renseignements généralement gratuits. Les effets de commerce qui passent entre leurs mains, les affaires innombrables qu'elles traitent leur procurent une connaissance détaillée et parfaitement licite de la situation de chacun ; elles disposent de cette connaissance en échangeant ou en remettant à leurs clients des fiches ; rien de plus naturel à moins qu'elles n'abusent de confidences pour lesquelles le secret a été convenu (s'il y a eu communication des livres par exemple).

Pour constater la faute, le négociant se fait adresser à lui-même, en cachant sa personnalité, ou à un ami une fiche le concernant ; la clause de non-garantie (renonciation à toute action de la part de l'abonné) dans le premier cas, la clause de « confidentiel » (1) dans le second, ne mettent aucun obstacle à l'action : la faute de l'agence consiste à s'être procuré des renseignements qu'elle n'avait pas le droit de rechercher, ou par des moyens frauduleux ; l'agence devra, quoi qu'il arrive, supporter définitivement les conséquences de cette faute.

Mais, répétons-le, c'est tout à fait exceptionnellement

(1) Cette clause acceptée par l'abonné l'oblige évidemment au secret et l'agence poursuivie par suite de son indiscrétion pourrait d'ordinaire lui demander réparation du préjudice qu'il lui a causé (V. Lyon, 16 juillet 1886, *Loi*, 25-26 octobre ; Paris, 14 mars 1885 ; *Wys c. Provost*, etc.).

que le renseignement *exact* d'une agence pourra donner lieu à la répression de l'article 1382 ; cette répression laisse indemne l'exercice normal de la profession.

SECTION II. — Loi de 1881.

La révélation par l'agence peut-elle revêtir le caractère d'une diffamation (1) ?

On a discuté en doctrine et en jurisprudence sur ce point ; la solution nous semble s'imposer par application des règles que nous avons reconnues plus haut. M. Chavégrin montre très justement que trois conditions sont nécessaires pour l'application de la loi de 1881 :

1° Imputation d'un fait portant atteinte... Nous nous sommes expliqué sur ce point ; les renseignements défavorables des agences remplissent d'ordinaire cette condition ;

2° Publicité de l'article 23. On a prétendu qu'elle n'existait pas : cet article prévoit « la vente ou la distribution » ; on s'évertue à démontrer que le contrat passé avec les abonnés est un mandat ou un louage de services ; il n'y a donc pas vente, dit M. Sumien ; il n'y a pas distribution non plus, car la remise n'est pas gratuite ; donc la loi de 1881 est inapplicable ; c'est jouer sur les mots. On peut faire une triple réponse :

A. La remise d'une série de fiches peut parfaitement

(1) Il peut y avoir aussi chantage ; il est arrivé que des agences ont été condamnées en vertu de l'article 400 du Code pénal. Indiquons ici la portée indirecte sur notre sujet de cette disposition répressive qui punit l'extorsion de fonds obtenue par menaces de « révélations ou imputations diffamatoires ». Nous l'avons négligée à dessein parce qu'elle réprime la menace et non la révélation elle-même.

être considérée comme une vente non du papier, mais de renseignements à déterminer.

B. La loi de 1881 a voulu atteindre toute remise au premier venu soit à titre onéreux soit à titre gratuit.

C. La publicité n'est pas nécessaire pour qu'il y ait diffamation ; l'article 471 du Code pénal permet encore la réparation pénale et par suite civile.

La mention « confidentiel » ne change en rien le caractère de l'imputation ; le terme n'importe pas ; il faut voir les choses ; or ce n'est pas faire une confidence que s'adresser à tout acheteur (1).

3^e Intention de nuire. M. Chavegrin indique d'excellentes règles à suivre pour statuer sur cette question de fait ; on sait que cette intention est présumée chez l'accusé ; l'agence devra donc prouver qu'elle a agi en dehors de tout dénigrement, de tout désir d'augmenter illicitement ses bénéfices, de toute idée de pression morale pour forcer le tiers à s'abonner. Cette preuve devra être rigoureusement fournie. A son défaut l'agence sera condamnée.

Ceci bien entendu sauf pour le cas où la preuve de la vérité du fait est admise et emporte l'acquiescement. A l'égard des particuliers, en protégeant leur droit de propriété sur leurs affaires par l'interdiction de la preuve des faits diffamatoires, la loi a donné au commerçant le plus puissant de ses moyens de défense contre les tiers intéressés à lever les voiles derrière lesquels il prépare l'avenir de sa maison.

(1) Comparer : pour la diffamation : Aix, 13 février 1869, S. 69.2.81 Seine, 10 décembre 1885, O. F. 85.2.67.

Contrà : Paris, 27 avril 1878, S. 78.2.101 et un grand nombre de décisions depuis la loi de 1881 mais basées en fait.

L'arrêt de Cass., 23 octobre 1886, S. 87.1.441, a évité de statuer sur la question.

CONCLUSION

Le « secret d'affaires » est donc pour le commerçant le droit de se réserver la connaissance de ses actes et de sa situation. C'est une propriété qui a pour limites celles posées par la loi. Il en dispose librement, peut faire expressément ou tacitement abandon de tout ou partie de son droit. Il peut le partager avec d'autres et sa jouissance être amoindrie par la leur.

Il y a là une triple limitation, *loi, contrat, communauté* : correspondant *grosso modo* à une triple division.

Nous avons réparti en trois groupes les personnes intéressées, légitimement ou non, à empiéter sur cette propriété :

I. — La *puissance publique* : soit comme fisc, soit comme justice.

A) *Fisc*. — La loi distingue deux sortes de commerçants : le particulier, autant que possible peu inquiété, exceptionnellement astreint à des déclarations, des tenues de registres spéciaux, des productions d'actes, imposé en général d'après les signes extérieurs de richesse.

Les sociétés de capitaux, obligées en outre à communiquer leurs livres à l'Administration. L'impôt sur le revenu parviendrait à assimiler ces deux classes et donnerait au fisc vis-à-vis des particuliers des prérogatives analogues à celles qu'il a vis-à-vis des sociétés.

B) *Justice*. — Pour la justice répressive droit à peu près absolu et limité seulement par la conscience du magistrat d'examiner les livres et d'obliger à la révélation par témoignage assermenté chaque fois que les tribunaux sont saisis d'un procès pénal.

Pour la justice civile ou commerciale droit analogue à l'égard du commerçant mais seulement s'il est partie au procès; alors qu'un juge d'instruction peut saisir les livres d'un tiers, le tribunal de commerce ne peut faire représenter que ceux des plaideurs; cette *représentation* est la production d'un ou de plusieurs ou de tous les livres obligatoires devant les juges ou experts commis, mais devant eux seuls pour qu'un extrait soit fait de ce qui peut servir au débat.

II. — *Ayants droits*.

A. — Ceux qui ont un droit réel sur le fonds de commerce sont copropriétaires des livres et du contenu (sous les réserves du contrat qui a pu donner naissance à cette copropriété, notamment en matière de société : loi interprétative de 1867). Ils ont droit à la *communication*, c'est-à-dire à la connaissance intégrale et directe de ces livres.

B. — Ceux à qui tacitement ou expressément a été concédé un droit de communication, partiel ou intégral, pour une fois ou pour une période de temps ; cette clause est l'accessoire de certains contrats.

III. — *Les tiers.* — Vis-à-vis d'eux le droit du commerçant garde toute sa force et trouve au besoin dans l'article 1382 la formule d'action nécessaire pour le sanctionner, sauf le droit de disposer des co-propriétaires qui ont pu en user à l'égard des tiers.

De l'ensemble de cette théorie juridique, les articles 14 et 15 du Code de commerce n'ont traité que deux points :

1° Article 14. — Confirmation du droit commun, utile pour arrêter l'arbitraire des tribunaux : défense de faire communiquer les livres à ceux qui n'y ont pas droit, quel que soit leur intérêt de plaideurs.

2° Article 15. — Exception au droit commun : droit pour le juge de faire brèche au secret d'affaires pour éclairer le débat ; mais limitation de cette brèche aux points litigieux.

Les législations étrangères ne sont guère plus précises.

Au point de vue de la philosophie du droit, le secret d'affaires est une défense de l'individu ; tout ce qui tend à placer l'effort individuel sous le contrôle étroit de l'État (lois sur la limitation du travail ou le taux des salaires obligatoires, impôts sur le revenu, etc...) ou de l'opinion publique (preuve en matière de diffamation), tout ce qui tend aussi à le remplacer par l'effet d'une collectivité (coopératives, participation aux bénéfices, *sociétés par actions*), tout cela le combat et l'entame. Il serait puéril de chercher à prévoir ce qui résultera de cet antagonisme présent entre le secret individuel et les associations, qu'elles soient l'État ou des groupements d'hommes ou de capitaux ; on sait assez ce que valent de telles

prophéties et que l'évolution des institutions juridiques ménage de singulières réconciliations ; et peut-être le silence de la loi aura-t-il du moins cet avantage de laisser au secret d'affaires une souplesse et une élasticité prêtes à toutes les adaptations.

Vu :

Le Président de la thèse,
E. THALLER.

Vu :

Le Doyen,
GLASSON.

Vu et permis d'imprimer :

Le Vice-Recteur de l'Académie de Paris,
GRÉARD.

TABLE ANALYTIQUE DES MATIÈRES

- | | |
|---|--|
| <p>Actionnaires, p. 133 à 142.</p> <p>Agences de renseignements, p. 270 à 276.</p> <p>Agents de change, p. 106.</p> <p>Agents de change, p. 198 à 226.</p> <p>Allemands (Codes), p. 117, 118, 119.</p> <p>Allemands (Codes), p. 143.</p> <p>Astreinte, p. 110 et 111.</p> <p>Ayants droits sur le fonds, p. 121 à 136.</p> <p>Boissons (Impôt sur les), p. 19 et 20.</p> <p>Commis. V. Employés.</p> <p>Commis intéressés. V. Participation aux bénéfices.</p> <p>Commission, p. 186 et s.</p> <p>Communauté, p. 79 et s.</p> <p>Communauté, p. 146.</p> <p>Communication, p. 8 et 9.</p> <p>Communication des livres, p. 47 et 48.</p> <p>Communication des livres, p. 72, 73, 78 à 83, 86 à 120.</p> <p>Communication des livres, p. 220 à 225.</p> <p>Communication des livres, p. 253 et 254.</p> <p>Communication des livres de sociétés, p. 30, 31, 32.</p> <p>Communication des livres conventionnelle, p. 157 et s.</p> <p>Communication de pièces (exception de), p. 61 à 72.</p> <p>Compulsoire, p. 62 et 63.</p> <p>Concurrence déloyale, p. 226 et 227, 248 et 249.</p> <p>Concurrence déloyale, p. 259 et s.</p> | <p>Considération commerciale, p. 245.</p> <p>Contrôleurs, p. 151 et 152.</p> <p>Coulissiers. V. Agents de change.</p> <p>Créanciers. V. Successions.</p> <p>Créanciers de faillite, p. 152 et s.</p> <p>Diffamation, p. 141, 243 à 250.</p> <p>Diffamation, p. 275 et s.</p> <p>Donataires. V. Successions.</p> <p>Douanes, p. 18.</p> <p>Ducroire, p. 188, 191 et s.</p> <p>Employés, p. 243, 248, 254 et s.</p> <p>Enregistrement, p. 21 à 33.</p> <p>Espagnol (Code), p. 120.</p> <p>Exception de qualité, p. 205 à 210, 214 à 218.</p> <p>Exécution du jugement, forcée, p. 108 et 109.</p> <p>Exécution du jugement, par équivalent, p. 109 et 110.</p> <p>Faillite, p. 79 et s.</p> <p>Faillite, p. 149 à 156.</p> <p>Faute, p. 267, 272 et s.</p> <p>Fonds (cession de), p. 23 et 24.</p> <p>Héritiers. V. Successions.</p> <p>Indivision, p. 145 et 146.</p> <p>Impôt, p. 7.</p> <p>Impôts, p. 13 à 37.</p> <p>Impôt sur les opérations de bourse, p. 203, 211 à 214.</p> <p>Inspecteurs du travail, p. 49.</p> <p>Instruction, p. 41 et s., 49 et s.</p> <p>Intention de nuire, p. 241, 246 et 247.</p> <p>Intention de nuire, p. 276.</p> <p>Interrogatoire du prévenu, p. 40.</p> <p>Italien (Code), p. 116 et 117.</p> |
|---|--|

- Italien (Code), p. 143 et 144.
 Jugement (juridiction de), p. 43 et 44, 57 et 58.
 Justice, p. 8.
 Justice civile, p. 58 à 120.
 Justice répressive, p. 39 à 58.
 Légataires. V. Successions.
 Liquidateur judiciaire, p. 151 et s.
 Livres auxiliaires, p. 104 et 105.
 Livres de commerce, p. 6, 7 et s. —
 V. Communication, Représenta-
 tion, Enregistrement, Sociétés,
 Commission, Participation, Fail-
 lite, Agents de change, etc.
 Nantissement, p. 149.
 Obligataires, p. 142.
 Participation, p. 128 et 129.
 Participation aux bénéfices, p. 164
 à 186.
 Patentes, p. 15, 16, 17.
 Perquisitions et saisies, p. 45 à 58.
 Pôlice judiciaire, p. 41, 45 à 49.
 Postes et télégraphes, p. 32, 239 et
 240.
 Préfets, p. 53 et s.
 Presse, p. 248.
 Représentation, p. 8.
 Représentation des livres, p. 72 à 78,
 83 à 120.
 Représentation des livres, p. 225 et
 226.
 Revenu (impôt sur le), p. 33 et s. |
- Saisies. V. Perquisitions.
 Secret de fabrique, p. 233 à 237,
 256 et s., 261 et s.
 Secret professionnel, p. 42.
 Secret professionnel, p. 218 à 226.
 Secret professionnel, p. 237 et s.
 Serment, p. 112, 113 et 114.
 Société (acte de), p. 23.
 Sociétés, p. 10.
 Sociétés, p. 79 et s.
 Sociétés, p. 124 à 144.
 Sociétés, p. 165 à 176.
 Sociétés en commandite par inté-
 rêts, p. 127 et 128.
 Sociétés en commandite par inté-
 rêt, p. 222 et 223.
 Sociétés (en nom collectif), p. 125
 à 127.
 Sociétés (impôt sur le revenu et les
 titres des), p. 28 à 33.
 Sociétés par actions, p. 129 à 144.
 Successions, p. 24 à 28.
 Successions, p. 79 et s.
 Successions, p. 145 et 146.
 Successions, p. 224.
 Syndic, p. 151 et s.
 Témoins, p. 40 à 44.
 Tiers, p. 11.
 Tiers, p. 227 et s., 264 et s.
 Timbre, p. 20 et s.
 Usufruit, p. 147 et 148.

TABLE DES MATIÈRES

	Pages
PRÉLIMINAIRES	1

PREMIÈRE PARTIE

LE SECRET DEVANT L'ÉTAT.

CHAPITRE PREMIER. — Le secret devant l'impôt.	13
SECTION I. — <i>Impôts directs. Patentes.</i>	15
SECTION II. — <i>Impôts indirects.</i>	18
§ 1. — Douanes.	18
§ 2. — Boissons.	19
§ 3. — Timbre et enregistrement	20
SECTION III. — <i>Impôt sur le revenu.</i>	33
CHAPITRE II. — Le secret devant la justice.	38
SECTION I. — <i>Justice répressive.</i>	39
§ 1. — Interrogatoires.	39
§ 2. — Perquisitions et saisies.	45
SECTION II. — <i>Justice civile et commerciale</i>	58
Exception apportée par les articles 14 et 15 du Code de commerce.	72

DEUXIÈME PARTIE

LE SECRET DEVANT LES AYANTS DROITS.

CHAPITRE PREMIER. — Ayants droits sur le fonds de commerce.	123
SECTION I. — <i>Sociétés.</i>	124
§ 1. — Sociétés de personnes	124
§ 2. — Sociétés par actions	129
SECTION II. — <i>Indivision provisoire</i>	145

SECTION III. — <i>Démembrement de la propriété du fonds de com-</i> <i>merce.</i>	146
§ 1. — Usufruit	147
§ 2. — Nantissement	149
§ 3. — Faillite	149
CHAPITRE II. — Ayants droits sur le secret sans droit sur le fonds.	157
SECTION I. — <i>Règles générales. Exposition.</i>	157
§ 1. — Clause expresse	158
§ 2. — Clause non exprimée.	160
SECTION II. — <i>Application.</i>	164
§ 1. — Participation aux bénéfices.	164
§ 2. — Commission.	186
<i>Appendice.</i> — Agents de change et coulissiers	198

TROISIÈME PARTIE

LE SECRET DEVANT LES TIERS

CHAPITRE PREMIER. — Généralités.	227
CHAPITRE II. — Protections spéciales	233
SECTION I. — <i>Article 418 du Code pénal</i>	233
SECTION II. — <i>Article 378 du Code pénal</i>	243
SECTION III. — <i>Loi du 29 juillet 1881</i>	237
SECTION IV. — <i>Article 1142 du Code civil</i>	250
CHAPITRE III. — Droit commun.	264
SECTION I. — <i>Article 1382.</i>	271
SECTION II. — <i>Loi de 1881</i>	275
CONCLUSION	277
Table analytique.	281

Imp. J. THEVENOT, Saint-Dizier (Hte-Marne).
